نظرية بطلان التصرف القانوني

في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي

(دراسة مقارنة)

II

رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص

من إعداد

جبار محمد

معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية ـ ابن عكنون

جامعة الجزائر

تحت إشراف الأستاذ

الدكتور علي علي سليمان

أعضاء اللجنة

الأستاذ الدكتور رئيسا

الأستاذ الدكتور مقررا

الأستاذ الدكتور

الأستاذ الدكتور

الأستاذ الدكتور

القســـــم الثــــانــــي

أحكـــام البـــطـــــلان

يشتمـل هذا القسم على مايلــــي :

البــاب الأول: تمييز البطلان عمـا يشابهه من الأنظمة المقاربة لـه .

البـاب الثاني : آثـار البطـــلان .

البـاب الثالث: مدى ضـرورة تدخل القضاء في تقرير البطـلان.

البـاب الرابع : الحيلولة دون تطبيـق قواعد البطـلان .

البـــــاب الأول
****

تمييـز البطـلان عما يشابهه من الأنظمة المقاربة لـــه
****

ان تحديد علاقة البطلان بغيره من الأنظمة المقاربة لـه يستلـزم منا التعرض لأنظمة قانونية مختلفة كعدم النفاذ ، والانحلال عن طريق التقايل والفســخ ، والانفساخ ، وبعض الأنظمة الأخرى كالشرط والأجل الفاسخين . وستنطوي هذه المحاولة على أسـلوب المقارنة لاستظهار مدى اختـلاف البطلان عن الأنـظمـة المقاربة له ، وأعرض لهذه الأمور في أربعة فصول متتالية ، وأردفها أخيرا بفصــل خامس أخصصه للفسخ والانفساخ في الفقه الاسلامي ، ومقارنة أحكامهما بما ورد في القانون الوضعي .

الفصــــل الأول
xxxxxxxxxxxxxx

البـطــلان وعــدم النفـــاذ(1)
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

(NULLITE ET INOPPOSABILITE)

ان علاقة البطلان بعدم النفاذ لا تتضح الا ببيان ماهية عدم النفـــاذ أو عدم السريان ،ثم ايضاح مدى اختلافه عن البطلان ، وسأبحث هذين الأمريــن في مبحثين متتاليين .

المبحـــث الأول
++++++++++++++++

ماهيـة عـــدم النفـــاذ
++++++++++++++++++++++++

يقصد بعدم النفاذ عدم سريان آثار التصرف(2) في مواجهة الغير مع بقائه منتجا لآثاره فيما بين طرفيه(3)، وبعبارة أخرى فان ما نلاحظه في اطــــار

---

(1) وهناك من الفقهاء من يفضل استعمال اصطلاح " عدم السريان "عوض" عـدم النفاذ " .

(2) بالرغم من شأنه صحيحا ، وذلك بتوافر جميع أركـانه ، وصدور الرضا من متعاقد أهل للتصرف سليم العقل والارادة من كل ما يعدمها أو ينقص منهـا .

(3) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 185 ، ص 174 ، والدكتـور عبد المجيد الحكيـم / الموجز ، المرجع السابق ، بند 489 ، ص 270 ، وبلانيول وريبير واسمان / المرجع السابق ، بند 280 ، ص 366 ، وكولان وكابيتان / المرجع السابق===

عدم النفاذ هو أن التصرف المبرم ينتج كل الآثار القانونية المقررة له فيما بين طرفيه الا أنه لا يمكنه أن ينتج آثاره بالنسبة الى الغير .

ولو حاولنا تأصيل مبدأ عدم النفاذ ، لوجدناه نتيجة لمبدأ نسبية أثر التصرف، وبصدد تطبيق هذا المبدأ في اطار العقود يوضح الدكتور حشمت أبو ستيت أن " عدم النفاذ انما يكون بالنسبة للأجنبي عن العقد ، فهذا (أي الأجنبي عن العقد) طبقا لقاعدة نسبية أثر العقد ، لا يضار بعقد لم يشترك فيه فلا يعنيه في قليل أو كثير أن يكون العقد باطلا أو صحيحا فهو على فرض صحة العقد لن يؤثر في حقه شيئا " (1).

ولقد أخذ القانون المدني الجزائري بنظرية عدم النفاذ في مواطن متعددة، بعضها متعلق بالتصرف الصحيح ، وبعضها متصل بالتصرف القابل للابطال .

<u>فبالنسبة الى التصرف الصحيح</u> : نجد المشرع أورد نصوصا متفرقة نص فيها على عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير ومنها :

- التصرف الذي يجريه المدين المعسر اضراراً بحق دائنيه : فقد نص في المادة 191 مدني جزائري على أن لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه اذا كان قد تصرف بقصد الاضرار بحقوقه سواء كان ذلك التصرف يؤدي الى نقص حقوقه أو يزيد في التزاماته.

- التصرف الصوري : فقد نص المشرع في المادة 199 مدني جزائري على أن المتعاقدين اذا أبرما عقدا حقيقيا وستراه بعقد صوري (ظاهر)، فان العقد الذي يكون نافذا بينهما وبين خلفيهما العام هو العقد الحقيقي (أي الخفي أو الباطن). ويستفاد من ذلك أن هذا العقد (أي الحقيقي) لا يكون نافذا في مواجهة الغير، أي الدائنين والخلف الخاص .

../.. بند 745 ، ص 423 ، وباستيان في رسالته/ محاولة لوضع نظرية عامة لعدم النفاذ ، باريس 1929، ص 3 وما بعدها .
BASTIAN, essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, Paris 1929.

(1) الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت / نظرية الالتزام في القانون المدني (المصري) الجديد، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، طبعة 1954، بند 246، ص 241. وعلى هذا المنوال أيضا برتراند (فلورنس)/ سريان العقد في مواجهة الغير ، رسالة من باريس 2، مطبوعة على الآلة الكاتبة ، سنة 1979، ص 5 .
Florence BERTRAND, l'opposabilité du contrat aux tiers, thèse dactylographiée, Université Paris II, 1979.

- تصرف المريض مرض الموت بقصد التبرع يعتبر وصية أيا كانت التسمية التي تعطى له : ومن ثم فانه لا يسري في مواجهة الورثة فيما زاد على ثلث التركة ، وهو نفس الحكم الذى قرره المشرع في القانون رقم : 84- 11 الصادر في 09/06/ 1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، في المادة 185 التي جاء بها " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، ومازاد على الثلث يتوقف على اجازة الورثة " .

- ومن ذلك أيضا ما تقضي به المادة 408 /1 مدني من أن المريض مرض الموت اذا أجرى تصرفا في شكل بيع لوارث فانه لا يكون ناجزا الا اذا أقره باقي الورثة (1) ، ونص في المادة 189 من قانون الأسرة على أن الموصي اذا أوصى لأحد ورثته ، فان تصرفه هذا يبقى موقوفا على اجازة الورثة بعد وفاة الموصي .

وبالنسبة الى التصرف القابل للابطال :

فقد يتم انشاء تصرف ويكون قابلا للابطال لمصلحة أحد طرفيه ، ولكنه لا يسرى في مواجهة الغير، وذلك كتصرف شخص في شيء غير مملوك له ، اذ تنص المادة 397 مدني جزائرى على أن بيع ملك الغير قابل للابطال فيما بين البائع والمشترى لمصلحة المشترى وحده ، وانه لا يسرى في حق الغير ، والمقصود " بالغير " هنا المالك الحقيقي حتى لو أجازه المشترى اذ أنه باجازته لا يزيد على أن يسقط حقه في طلب الابطال ، ومن ثم فان تلك الاجازة الصادرة من المشترى لا تمنع من أن يكون البيع غير سار في حق المالك الحقيقي. (2)

---

(1) ويلاحظ أن النص الفرنسي للمادة 408/1 أورد شرطا أهمله النص العربي هو أن " يتم البيع في فترة حدة المرض واشتداده في حين أن أحدا من فقهاء الشريعة الاسلامية التي كانت مصدرا لهذا الحكم لم يقل بهذا الشرط" ، كما أن هذه المادة "تضمنت حكما مخالفا لما أجمع عليه فقهاء الشريعة الاسلامية من أن للشخص حرية التصرف بالوصية في ثلث أمواله دون أن يتوقف تصرفه في الثلث على اجازة الورثة مستندا الى ماورد في المنتقى في شرح موطأ مالك من أن الوصية تنفذ في الثلث في كل المذاهب طبقا لحديث النبي (ص) لسعد بن أبي وقاص: الثلث ، الثلث " . وبحديث آخر " ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه ،حيث شئتم " ،يراجع الدكتور علي علي سليمان / المحاضرة المشار اليها ،بند 25، ص 32،وعلى هذا الرأى سار المشرع الجزائرى في قانون الأسرة في المادة 185 اذ جاء بها : " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، ومازاد على الثلث يتوقف على اجازة الورثة" .

(2) الدكتور السنهورى/الوسيط، ج 4، بند 299 ، ص 534 ، ومؤلفه مصادر الحق في الفقه الاسلامي ،ج 4 ، ص 95 ،والدكتور محمد كامل مرسي /الالتزامات

../..

وهكذا يمكن القول : ان عدم النفاذ هو حالة قانونية مفادها اعتبار التصرف منتجا لاثاره نيما بين طرفيه فقط دون أن يكون ساريا في مواجهة الغير لعلة ارتآها المشرع هادفا بها حماية الغير ، ذوي الحقوق الذين قد يضارون بسبب هذا التصرف كالدائن اذا تصرف مدينه المعسر في أمواله تصرفا ينطوي على قصد الاضرار به ، فيكون له الحق في رفع الدعوى البولصية للتوصل الى عدم نفاذ تصرف مدينه في حقه .

وعلى الرغم من هذا الفارق الجوهري بين البطلان وعدم السريان ، فان هناك اتجاها فقهيا حاول أن يجعل من عدم النفاذ صورة خاصة للبطلان ، ومن قبيل ذلك ما قرره الفقيه جابيو في رسالته عن البطلان ، من أن عدم النفاذ ليس الا صورة من صور البطلان ، وانه اذا كان هناك اختلاف بين النظامين من حيث الاثار ، فان هذا الاختلاف هو مجرد اختلاف في المدى وليس اختلافا في الطبيعة (1) .

وقد علق الدكتور الشرقاوي على نظرية جابيو بقوله : " انه لا يمكننا الاعتراض على رأي جابيو اذا ما اعتمدنا ما يقرره هذا الفقيه من تصوير خاص للبطلان من حيث كونه يوجه الى الاثار الناجمة عن التصرف وليس الى المصدر " (2) .

هذا ، وقد انطلق الاستاذ كوتيريه من نفس الفكرة التي اعتمدها جابيو فقرر أن عدم النفاذ ما هو الا صورة خاصة للبطلان ، ولاحظ بهذا الصدد " أن الفرق ما بين البطلان وعدم النفاذ ليس فرقا في الطبيعة وانما هو فرق في المدى فقط ، ذلك أن كلاً منهما يؤدي الى استعمال حق النقد من طرف من قرر هذا الحق لصالحه " (3) ، وينتهي الى القول : " بان الاستمرار في التفرقة بين البطلان وعدم النفاذ لا يمكن أن يفسر الا اذا أبقينا على النظرية التي تقوم بتشبيه

م/ .. 1954 ، ج 1 ، ص 502 ، والدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، 1969 ، الجزء الأول ، ص 270 .

(1) جابيو / رسالته ، المرجع السابق ، ص 25 وما بعدها .

(2) الدكتور الشرقاوي / رسالته في بطلان التصرف القانوني ، المرجع السابق ، ص 146 ، وان كان الدكتور الشرقاوي أصلا لا يساير هذا الاتجاه ، تراجع رسالته ، ص ص 55 - 56 ، وص 146 .

(3) كوتيريه / رسالته في اجازة التصرفات الباطلة ، باريس 1972 ، بند 149 .

التصرف بالكائن الحي ، وهي نظرية كاد الاجماع ينعقد على هجرها "(1).

على أن الرأي المعتمد من طرف كوتيرييه والذى ساير فيه جابيو ، لم يلق تأييد فريق آخر من الفقه الفرنسي ، فالأستاذ : ديبرى وهو بصدد تحليله للعلاقة بين البطلان وعدم النفاذ يقيم تفرقة بين الموضوعات المختلفة ،ويقرر بهذا الصدد أن " عدم النفاذ في مجال التصرفات المتعلقة بالملكية العقارية غير المشهرة لا يعتبر بطلانا ، لأنه لا يعتبر جزاء على قيام عيب في ارادة أحد طرفي التصرف الناقل للملكية ، على أنه في اطار التصرفات التي تخضع للدعوى البولصية فان عدم النفاذ يشبه البطلان ، ذلك أن المدين الذى يجرى تصرفا بقصد الاضرار بدائنيه انما يكون قد أجرى في الحقيقة تصرفا بصفة غير قانونية "(2).

على أننا لو حاولنا استقصاء الجدل الفقهي القائم ، فان الأمر يتطلب منا اجراء تفرقة بين وضعين مختلفين :

أولهما : اذا كان التصرف أصلا باطلا بطلانا مطلقا أو كان باطلا بطلانا نسبيا ولم تتم اجازته وصدر حكم بابطاله ، فانه من البديهي أن التفرقة بين البطلان وعدم النفاذ ليس لها أهمية بالغة في هذا الفرض ، لأن الأمر لا يتعلق في مثل هذه الحالة بسريان التصرف ، وانما بعدم صحته أصلا ، ومادام التصرف باطلا فانه لا يمكن الحديث عن مدى سريانه أو عدم سريانه في مواجهة الغير ، ذلك لأن عدم صحة التصرف يؤدى الى عدم سريانه حتى في مواجهة المتصرف اليه .

ثانيهما : اذا كان التصرف صحيحا أصلا ، أو كان قابلا للابطال وتمت اجازته ، فان التفرقة تصبح ضرورية بين " صحة التصرف " وبين " عدم نفاذه في مواجهة الغير" ، لأن البطلان ينصرف - في نظرنا - الى مرحلة انشاء التصرف ذاته ، أما عدم النفاذ - كما سنرى - فينصرف الى آثاره.

نعم ، اننا نقرر أن هذه التفرقة لا تصدق الا اذا اعتمدنا الرأى الذى يشبه التصرف بالكائن الحي ، وعلى الرغم مما وجه الى هذه النظرية من انتقادات

---

(1) كوتيرييه / رسالته في اجازة التصرفات الباطلة ، باريس 1972 ، بند 149 .

(2) يراجع في ذلك الدراسة التي أجراها في اطار أشغال لجنة هنرى كابيتان لعام 1962 ، نشر دالوز لعام 1965 ، ص 614 . (Travaux de l'Association Henri Capitant, année 1962, Dallaz, 1965).

فانها صمدت وثبتت دعائمها ، لأن كثيرا من التشريعات تبنتها ومن بينها التشريع الجزائري .

وبعد هذا العرض الموجز للجدل الفقهي الذى أثير حول العلاقة ما بين البطلان وعدم النفاذ ، وابداء رأينا في وجوب الابقاء على التفرقة بينهما ، فاننا نرى اتماما للموضوع أن نتناول أوجه الاختلاف بينهما فيمايلي :

المبحث الثاني
++++++++++++++++

تحديد أوجه الاختلاف بين البطلان وعدم النفاذ
++

يمكن تلخيص أوجه الاختلاف بينهما فيمايلي :

- أولا : من حيث نطاق كل منهما :

فطبقا للتحليل السابق يتضح أنه يوجد فرق جوهرى بين البطلان وعدم النفاذ ، ذلك أن البطلان (أوعدم الصحة) وصف يلحق التصرف ذاته من حيث أنه اذا اختل أحد أركانه أوشروط المحل أو شرط السبب فيكون مطلقا ، واذا اختل أحد شرطي صحة الرضا (كمال الأهلية ، وخلو الارادة من العيوب) فيكون نسبيا ، أى أنه يصاحبه منذ لحظة انشائه ، أما عدم السريان فيلحق التصرف من الناحية الخارجية المحضة . وبناء على ذلك يمكننا أن نقول: ان التصرف يعتبر باطلا متي كانت هناك علة قد لحقت التصرف حين انشائه في حين أن التصرف يعتبر غير سار أو غير نافذ في حق الغير متى كانت آثاره غير ممكنة التحقيق بالنسبة الى الغير على الرغم من أن التصرف يعتبر صحيحا حين نشأته .

ثانيا : من حيث الأثر :

ان البطلان سواء أكان مطلقا أم كان نسبيا وصدر به حكم ، فانه يفضي الى انعدام أثر التصرف سواء بالنسبة الى طرفيه أوبالنسبة الى الغير .

أما عدم النفاذ فانه يترتب عليه عدم سريان أثر التصرف في مواجهة الغير فقط ، على الرغم من أن هذا التصرف يظل منتجا لكل آثاره فيما بين طرفيه .

ثالثا : من حيث كيفية زوال كل منهما :

اذا كان التصرف الباطل بطلانا مطلقا لا ينتج أي أثر ، ومن ثم لا يمكن اجازته ،فان هذا الحكم يجعلنا في غنى عن التقريب بينه وبين عدم السريان . أما فيما يتعلق بمرجع الاختلاف بين البطلان النسبي الذي تمت اجازته وبين عدم السريان فانه يبقى قائما أيضا ، ذلك ان البطلان النسبي لا تصححه الا الاجازة الصادرة من أحد طرفي التصرف ، في حين أن عدم النفاذ لا يصححه الطرفان أو أحدهما ، وانما يتعين أن يتم اقراره من طرف الغير صاحب المصلحة في التصرف (1).

رابعا : من حيث تحديد صاحب الحق في التمسك بكل منهما :

اذا كان التمسك بالبطلان المطلق حقا لكل ذي مصلحة ، فان التمسك بالبطلان النسبي يقتصر على من شرع هذا البطلان لحماية مصلحته .

وانطلاقا من هذه الملاحظة المبدئية يمكن القول بأنه فيما يتعلق بتحديد صاحب الحق في التمسك بالبطلان وبعدم النفاذ ، فان عدم النفاذ يقترب من البطلان المطلق بصفة عامة وذلك من حيث اتساع دائرة الأشخاص الذين يمكنهم التمسك به . كما يقترب من البطلان النسبي بصفة خاصة ، اذ أن عدم النفاذ - شأنه في ذلك شأن البطلان النسبي - يقتصر على الشخص الذي يستهدف القانون حمايته ويمنحه حق الطعن في التصرف ، ورغم هذا التشابه الذي يوجد بين النظامين ، فان هناك اختلافا جوهريا يبقى قائما يتمثل في أن البطلان النسبي مقرر لصالح أحد طرفي التصرف ، في حين أن عدم النفاذ مقصور على الغير (2).

---

(1) في هذا المضمون الدكتور محمد كامل مرسي / شرح القانون المدني ، المرجع السابق ،بند 225 ، ص 502 ، ومازو / المرجع السابق ، بند 295 ، ص 250 .

(2) مازو / المرجع السابق ، بند 295 ، ص 250.

الفصـــل الثـــانـــي
xxxxxxxxxxxxxxxxx

البطـــلان والانحـــلا ل
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

يحســن بنا بادئ ذي بدء أن نفـرق بين بطلان التصرف بنوعيــــه ، وبين انحلاله بجميع صور الانحلال . ذلك أننا نكون أمام بطلان التصـــرف حينما يولد غير صحيح أو ينشـــأ صحيحا ولكنه مهدد بالزوال لعيب لحقـــه حين نشأته ، أما الانحلال فيمكن قيام سببه بصدد العقود التي تبرم صحيحـــة ثـم تنحل قبل أن يتم تنفيذ ها ، وأحيانا قبل البدء في تنفيــذها (1) .

هذا ، وانحلال التصرف قد يحصل بارادة أحد طرفيه وقد يتم بارادتيهما معا ، وسواء تم بالارادة المنفردة أو بارادتيهما معا ، فانه لا يلتبس بالبطلان ، ولذلك فاننا نعالج هذه المسائل في ثلاثـــة مباحـــث .

المبحــــث الأول
++++++++++++++

انهاء التصرف بارادة أحد المتعاقديـــن
+++++++++++++++++++++++++++
(Résiliation unilatérale)

تبنى المشرع الجزائرى قـــاعدة عامة في المادة 106 مدني جزائرى الـــتي جاء بها : " العقد شريعـــة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضـــه ولا تعديلـــه الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون " وبايـــراده لهذه القاعـدة صار في غنى عن ايراد قواعد عامة في نصوص خاصة أخرى سبق النص عليهـــا في المشروع التمهيـدى للقانون المدني المصرى في المواد : 225 ، و 226 ، و227 التي قررت القواعد الثـــلاث التاليـــة :

1 ـ لا يجـوز الغاء العقد الا باتفاق المتعاقدين جميعا وذلك فيما عـــدا العقود التي تنتهي بموت أحد المتعاقدين .

2 ـ يجوز لكل من المتعاقدين أن ينفرد بالغاء العقد استنادا الى شرط فيه أو نص قانوني عليه ، مع الاحتفاظ بالتعويض عند التعسف في استعمال الحـــق حالة الالغـــاء .

---

(1) الدكتور محمد كامل مرسي / الالتزامات ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 624 .

3 - ليس لالغاء العقد أثر رجعي (1).

غير أن هذه القواعد حذفها المشرع المصرى واستغنى عنها بالمادة 147 من القانون المدني المصرى التي تطابقها المادة 106 من التشريع المدني الجزائرى .

واستثناء من هذا المبدأ العام ، فان المشرع الجزائرى قد أورد نصوصا في مواضيع متفرقة من القانون المدني منح بمقتضاها لأحد طرفي التصرف الحق في الغاء التصرف والتحلل منه (2) ، وهو في هذا الاتجاه لم يكن فريدا فقد سبقه الى ذلك القانون المدني المصرى الذى أجاز للمعير في أحوال معينة أن يطلب انهاء العارية قبل انقضاء أجلها (3) ، و للموكل أن ينهي الوكالة في أى وقت أراد (4) ، وقد أخذ القانون المدني الجزائرى بنفس الحكم في مواضيع متعددة ، من ذلك نص المادة 587 المتعلق بالوكالة التي تقضي بأن الوكالة يمكن أن تنتهي في أى وقت بارادة الموكل ولو وجد اتفاق بينه وبين الوكيل يخالف ذلك ، كما أن المادة 588 تعطي للوكيل الحق في التنازل عن الوكالة دون تقييد بزمن معين بشرط أن يقوم باعلان الموكل حتى لو وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك .

---

(1) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى ، الجزء الثاني ، ص ص 331 - 332 .

(2) والحقيقة أن تقرير مبدأ امكانية انهاء العقد بالارادة المنفردة انما يعتبر استثناء على القاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق طرفيه .

(3) وقد نصت على ذلك المادة 644 مدني مصرى بقولها :
" يجوز للمعير أن يطلب في أى وقت انهاء العارية ، في الأحوال الآتية :
أ- اذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة .
ب- اذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصّر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه .
ج- اذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسرا قبل ذلك دون علم من المعير ، وقد جاء المشرع الجزائرى بنفس الحكم في المادة 547 مدني جزائرى .

(4) وقد ورد النص على هذا الحكم في المادة 1/715 مدني مصرى اذ جاء بها " يجوز للموكل في أى وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . فاذا كانت الوكالة بأجر فان الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول " وجاء بفقرتها الثانية " على أنه اذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه ".

وقد أخذ المشرع الجزائري أيضا بهذا الحكم فيما يتعلق بالوديعة إذ نجد المادة 594 مدني تجيز للمودع لديه أن يلزم المودع بتسلّم [1] الشيء في أي وقت الا اذا ظهر من العقد أن الأجل عيّن لمصلحة المودع ، كما أوجبت على المودع لديه أن يسلم الشيء الى المودع بمجرد طلبه الا اذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع لديه .

والواقع هو أن المشرع الجزائري اذا كان قد أورد تطبيقات لانهاء العقد باعتباره أحد نوعي التصرف القانوني بالارادة المنفردة أسوة بغيره ، فاننا لا نرى مانعا من مدّ هذا الحكم الى كل التصرفات القانونية التي تنتج آثارها القانونية بمجرد صدورها عن صاحبها كالوعد بجائزة ، حيث خول المشرع للواعد الرجوع في وعده حتى لو لم يعين أجلا لانجاز العمل ، وان كان قيد ذلك بعدم تأثير رجوع الواعد على حقوق من قام بالعمل قبل الرجوع في وعده (المادة 115 / 2 مدني) كما أن المشرع الجزائري أجاز للوصي الرجوع عن وصيته في المادة 192 من قانون الأسرة الصادر بقانون رقم : 84 ـ 11 في : 09/06/1984 سواء كان الرجوع صراحة أو ضمنا ، وأجاز أيضا في المادة 211 من نفس القانون الرجوع في الهبة اذا كان الواهب أحد الأبوين ما عدا اذا كان المال الموهوب من أجل زواج الموهوب له ، أو لضمان دين أو قضائه ، أو أجرى الموهوب له تصرفا في الشيء الموهوب سواء كان تصرفا قانونيا أو ماديا بحيث أدى الى تغيير طبيعته .

ومن خلال هذه الأمثلة التي لم نوردها على سبيل الحصر يمكننا أن نقرر أن الحق في الغاء التصرف أو في انهائه قد يكون لكل من الطرفين ، وقد يعطى هذا الحق لأحد طرفيه فقط دون الآخر ، كما هو واضح في النص الخاص بالوعد بجائزة (المادة 115/ 2 مدني جزائري) ورجوع أحد الوالدين في الهبة لأبنائه مهما مضى عليها من الزمن مادام الشيء الموهوب قائما ودون أن تتغير طبيعته (المادة 211 من قانون الأسرة) .

والانهاء كما يلحق التصرفات الملزمة للجانبين ، فانه يلحق التصرفات الملزمة لجانب واحد وان كان مجال تطبيقه يتحدد بالتصرفات ذات الاداءات المستمرة [2] .

---

(1) ورد في النص العربي " بتسليم الشيء " وهو خطأ مادي ، والصحيح "تسلّم الشيء" ، كما جاء في الصياغة الفرنسية " recevoir " .

(2) لانور / المرجع السابق ، ص 136 .

وطرق انهاء التصرف قد تكون ارادية وقد تحصل نتيجة تدخل قوة قاهرة ، كما أنها قد تكون قضائية .

فالانهاء الارادي هو الانهاء الذي يتم بارادة اطراف التصرف جميعا أو بارادة أحدهم فقط ، فاذا حصل الانهاء بالاتفاق بين جميع اطراف التصرف فاننا نكون حينئذ بصدد ما يسمى " بالانهاء الاتفاقي MUTUS DISSENSUS" أو التقايل [1].

أما الانهاء الذي يتم من جانب واحد فهو الذي يتم بارادة أحد الطرفين ويظهر ذلك في عقد الايجار اذ نجد المشرع أعطى ورثة المستأجر الحق في انهاء الايجار في بعض الحالات المنصوص عليها في المادة 510/2 مدني جزائري [2]، وكذلك الأمر بالنسبة الى عقد التأمين اذ يجوز انهاؤه بالارادة المنفردة في بعض الحالات ، ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة 681 مدني جزائري من أنه : " يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع اقساط دورية أن يتحلل في أي وقت من العقد باخطار كتابي يرسله الى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ..." ، وما قرره المشرع أيضا بصدد الوعد بجائزة المشار اليه اذ أنه سمح للواعد أن يحدد مهلة لانجاز العمل ، فان لم يتم تحديدها من طرفه فان حقه في العدول عن الوعد يبقى قائما شريطة ألا يكون هذا العدول - كما أوضحنا - من شأنه المساس بحقوق الغير الذين أنجزوا العمل محل الوعد بجائزة (المادة 115 مدني).

وأما الانهاء الإلزامي فيتقرر في حالة ما اذا اختل أحد الاركان الأساسية المتطلبة لتكوين التصرف ، أو أصبح التنفيذ متعذرا اذا تعلق الأمر بتصرف مستمر ، فمثلا وفاة أحد طرفي التصرف قد يكون سببا لانهاء العقد متى كان العقد المبرم قائما على الاعتبار الشخصي ، ومن قبيل ذلك أيضا عقد العمل الذي ينتهي بوفاة العامل [3]، وعقد المقاولة الذي ينتهي بوفاة المقاول (المادة

---

(1) يراجع ما سيأتي ص 312 من هذه الرسالة .

(2) ويلاحظ على النص العربي في المادة 510/2 أنه عبر عن الانهاء بالفسخ ، وهو خطأ ، في حين أن النسخة الفرنسية عبرت "بالانهاء" la résiliation .

(3) المادة 92 (فقرة رقم (6)) من القانون الأساسي العام للعامل الصادر بالقانون رقم : 78-12 مؤرخ في : 1978/08/05 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 32 الصادر في 1978/08/08 والمادة 62 فقرة رقم (8) من القانون رقم : 82 - 06 المؤرخ في : 1982/02/27 والمنشور في الجريدة الرسمية ، عدد 9 ، بتاريخ : 82/03/02 .

569 مدني جزائرى) كما أن هلاك محل العقد يمكن أن يؤدى الى انهائــه وذلك في حالة هلاك محل الايجار لأن هلاكه يؤدي حتما الى انهاء عقد الايجار.

في حين أن الانهاء القضائي يتحقق حينما يرد على تصرفات ملزمة للجانبيــن ، وذات أداءات مستمرة كالايجار بحيث ينصرف أثر الانهاء الى المستقبل دون أن يكون له أثر رجعي (1).

المبحـــث الثـانـــي

انهاء التصرف بارادة طرفيه (التقايل) (Résiliation amiable ou conventionnelle (Mutus dissensus

اذا كان انهاء التصرف بارادة منفردة يعتبر بمثابة استثنـاء ، لأن القاعـدة العامة تقضي بأن انهاء التصرف لا يقع الا بارادة طرفيـه معـا ،أى باتفاقهما وهو ما يعرف قانونا " بالتـقايل " وقد أورد المشرع في المادة 106 مدنـــي جزائرى قاعدة مؤداها أن " العقد شريعة المتعاقدين " و تطلبت لنقضه أو تعديله ضرورة اتفاق طرفيه على ذلك .

ويثار تساؤل - بهذا الصدد - عن الطبيعة القانونية للتقايل أو الاقالـة: ومما لا شك فيه ، أن الاقالة تتحقق في حالة ما اذا باع شخص خزانة كتب وسلمها الى المشترى ، ثم حصل اتفاق جديد بينهمـا على الاقالة ، وقام المشترى برد خزانة الكتب الى البائع ، ورد البائع الثمن الى المشترى ، فهل يعتبر هذا العمل فسخا للعقد الأول أو عقدا جديدا باع به المشترى خزانة كتب الى البائع ؟

للجواب على هذا التساؤل ، وجدت آراء ثلاثة : أولهـا يعتبر الاقالة عقـدا

---

(1) هذا اذا رفضنا الرأى الفقهي القائل بأن الفسخ يمكن أن يسرى بأثر رجعي حـتى على العقود ذات الأداءات المستمرة (يراجع ما سيأتي ص 321 من هذه الرسالة). ومن بين الحالات التي تثار في هذا المجال في الفقه الفرنسي هي حالة ما اذا أصبح تنفيذ الالتزامات مرهقا بالنسبة لأحد الطرفين ، فأمام رفـض القضاء الفرنسي تطبيق نظرية الظروف الطارئة فان المشرع أحيانا أعطى للقضـاء الحق في مراجعة العقد أو في انهائه ، وبذلك يبقى الأمر داخلا في نطاق الانهاء القضائي ، ومــن قبيل ذلك أيضا ما نص عليه قانون فايو (Loi Faillot) الصادر في 21 جانفـي 1918 المتعلق بالعقود المبرمة قبل حرب 1914 وكذلك بعض الاجراءات القانونية الخاصة التي اتخذت بعد حرب 1939 ، يراجع في تحليل هذا الرأى الأستاذ : لانور / المرجع السابق ، ص 138 .

جديدا يتفق بمقتضاه الطرفان على حل ما سبق الاتفاق عليه [1] ، ويرى ثانيها أن التقايل فسخ اتفاقي ، ويذهب رأى ثالث الى اعتبار التقايل فسخا فيما بين المتعاقدين وعقدا جديدا بالنسبة الى الغير [2].

وتأسيسا على الرأى القائل بأن التقايل عقد ، فانه يلزم أن يتوافر فيه ايجاب وقبول صريحان أو ضمنيان كما هو الأمر في العقد الأصلي [3].

والأصل أن أثر التقايل لا يسرى الا بالنسبة الى المستقبل [4] ، أى انتهاء سريان مفعول العقد الأول بالنسبة الى المستقبل فقط ، ويظهر ذلك خاصة في نطاق العقود ذات الأداءات المستمرة ، كما هو الأمر بالنسبة الى عقد الايجار فان انهاءه بالطريق الاتفاقي يؤدى الى وقف الأداءات مستقبلا ، أما ما تم تنفيذه فلا يمكن الرجوع فيه . على أن هذا التساؤل قد أثير بصدد البحث في العقود الفورية ، فلو تعلق الأمر مثلا بعقد بيع تم تنفيذه ، فان اللجوء الى التقايل قد يمتد الى حد ما الماضى ، ويظهر ذلك في حالة ما اذا قرر الطرفان اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل ابرام العقد ، بأن قام كل منهما باسترداد ما تلقاه من الآخر فهل يمكن القول بأن للتقايل في هذه الحالة أثرا رجعيا ؟

يذهب فريق من الفقه الفرنسي [5] الى أن انهاء العقد في هذه الحالة لا يكون ذا أثر رجعى بل يمكن تفسير ذلك كالتالي : ان المتعاقدين لن يقررا بموجب عقد ثان ـ مقابل للأول ـ محو العقد الأول ، لأن ذلك لا يدخل في نطاق سلطتهما ، بل اتفقا على أن يعيد كل منهما الى الآخر ما حصل عليه ، فالبائع يعيد الثمن الى المشترى مقابل اعادة المشترى الشئ المبيع اليه ، ويرتب على ذلك نتائج عملية تختلف كلية عن تلك التى يؤدى اليها مبدأ الرجعية ، فهو يرى أن هذا التحليل وحده هو الذى يسمح بحماية الغير . وتطبيقا لذلك ، فلو قام مشترى عقار بترتيب حق رهن عليه لصالح الغير ، وتم اتفاق الطرفين على

---

(1) فيل وتيرى / المرجع السابق ، بند 353 ، ص 479.
(2) الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز ، المرجع السابق ، ص ص 446- 447.
(3) الدكتور السنهورى / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 459 ، ص 777 ، والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 230 ، ص 267.
(4) الدكتور السنهورى / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 459 ، ص 778.
(5) مازو / المرجع السابق ، بند 724 ، ص 715 ، فيل وتيرى / المرجع السابق ، بند 338 ، ص 379.

انهاء البيع اللاحق لانشاء حق الرهن ، فان هذا الاتفاق لا يمس حقوق الدائن المرتهن ولكن بشرط أن يكون الرهن قد تمَّ قيده قبل التقايل .

ويقابل هذا الاتجاه ، اتجاهٌ آخرُ في الفقه العربي يرى أن التقايل ليس له أثر رجعي الا اذا تراضى المتعاقدان على ذلك ، غير أنه من حيث النتائج العملية يلتقي مع الرأي الأول اذ يشترط عدم مساس التقايل بحقوق الغير[1].

وأرى أن قواعد العدالة تقتضي ألا يكون للتقايل أثر رجعي ، فاذا اتفق الطرفان على عكس ذلك تعين تقييد هذا الاتفاق بمراعاة حقوق الغير .

المبحث الثالث

++++++++++++++++

اختلاف البطلان عن الانهاء وعن التقايل

++++++++++++++++++++++++++++++++

بعد توضيح ماهية انحلال التصرف بارادة أحد الطرفين أو بارادتي طرفيه (التقايل) ، نتعرض لنقاط اختلاف كل منهما عن البطلان .

أولا : اختلاف البطلان عن انهاء التصرف بالارادة المنفردة :

يمكن تلخيص أوجه الاختلاف بين البطلان والانهاء بالارادة المنفردة في النقاط التالية :

1) الأصل أنه ليس لإنهاء التصرف سواء أكان ذلك بارادة أحد الطرفين أم نتيجة قوة قاهرة أم بحكم قضائي متى كان مستمرا أثر رجعي[2] ، وذلك كانهاء زبالعمل لعقد المقاولة اذ ينصب أثره على المستقبل فقط ، على عكس ما عليه الامر بالنسبة الى البطلان النسبي اذا صدر حكم به فانه يكون دائماًذا أثرٍ رجعي .

2) يسري البطلان بنوعيه : المطلق[3] والنسبي[4] على التصرفات التي لم

---

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط ، ج 1، المرجع السابق ، بند 459 ، ص 778 .

(2) الدكتور السنهوري/ مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج 4، المرجع السابق ، ص 92، و مازو/ المرجع السابق ، بند 724، ص 715، و لانور/ المرجع السابق ، ص 138.

(3) فالبطلان المطلق يتقرر كجزاء على عدم استجماع التصرف لأركانه أو شروط المحل أو شرط السبب .

(4) والبطلان النسبي يتقرر في حالة تخلف شرطي الصحة أو أحدهما (كمال الأهلية ، وخلو ارادة الأطراف من عيوب الرضا) .

تستجمع أركان قيامها أو شروط صحتها [1]، أما الانهاء فهو يقع على تصرف مستوف لكل أركانه ولشروط صحته [2].

ثانيا : اختلاف البطلان عن التقايل أي الغاء التصرف بارادتي طرفيه:

تتجلى الاختلافات بينهما في النقاط التالية :

1) ان انحلال التصرف بارادتي الطرفين ، وهو ما يعرف بالتقايل ، يستلزم تطابق لارادتي طرفيه على التقايل - كما سبق - وأما البطلان بنوعيه فلا يستلزم ذلك .

2) ان التقايل باعتباره اتفاقا على الغاء تصرف يفضي الى اعفاء كل طرف من التزاماته دون حاجة الى استصدار حكم قضائي بذلك ، أما البطلان فيختلف الحكم بصدده ، فان كان نسبيا استوجب الأمر صدور حكم قضائي لتقريره ، أما البطلان المطلق فالأصل فيه أنه لا حاجة لرفع دعوى بشأنه طالما أنه لم يحصل نزاع بصدده ، غير أنه من الناحية العملية غالبا ما يحصل نزاع بشأنه ، وحينئذ فان صاحب المصلحة يكون مضطرا الى استصدار حكم قضائي لحسم ما يحدث بينهما من نزاع .

3) الأصل ألا يكون للتقايل أثر رجعي ، وذلك على عكس البطلان النسبي الذي ينصرف أثره الى الماضي متى صدر الحكم به .

---

(1) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 185 ، ص 174.

(2) لا نور / المرجع السابق ، ص 139 .

الفصـــل الثــالـــث

xxxxxxxxxxxxxxxx

البطـــلان والفســخ والانفســاخ

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

نتناول هذا الفصل بالتحليل في ثلاثة مباحث نتعرض فيمبحث أول للفســـخ ، ونخصص مبحثا ثانيــا للانفساخ ، ونتولى تبيان أوجه الاختلاف بين البطـــلان وبين الفسخ والانفساخ في مبحـث ثالث .

المبـحـث الأول

+++++++++++++++

الـفـســـخ

+++++++++++++++

(la résolution)

يقصـد بالفسخ انحـلال الرابطة العقدية لعدم قيـام أحـد المتعاقديـن بتنفيـذ التزامه (المادة 119 مدني جزائري) .

هذا ، وفكرة الفسخ التي لا تطبق الا بصدد العقود ، قـد نشـأت فيأحضان القانون الكنسي على أساس احترام الوعد المقطوع ، وعنه أخذ القانون الفرنســـي القديم ، ومنه انتقل الى القانون الحديث خاصة بعد أن استقرت نظرية السبب ووضحت فكرة تقابـل الالتزامات في العقود التبادلية [1]، وقد اختلف في تأسيسها فقها وقضاء على أن جمهور الفقهاء والقضاء يميلون الى تأسيسها على نظرية السبب [2] بينمــــا بعض الفقه يؤسسها على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في التصرفات الملزمة للجانبين ، اذ أن طبيعتها تستلزم أن يكون التزام أحد المتعـاقدين مرتبطـــا

---

(1) أما القانون الروماني فلم يعرف فكرة الفسخ في العقود الملزمة للجانبين بحسب الأصل اذ أنه في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته فانه كان يقرر للدائن الحق في أن يسترقه أو يقتله حتى لوكان عاجزا . وتخفيفا لحدة هذه السلطة جرى في التطبيق العمل على ادراج شرط فاسخ " lex commissoria " بمقتضاه يعتبر العقد مفسوخا بقـــوة القانون إذا لم يتم التنفيذ ، ثم تحول هذا الشرط الصريح الى شرط ضمني في القانون الفرنسي القديم مع مراعاة الفارق الهام التي يتمثل في ان الفسخ في القانون الروماني كان يتم بقوة القانون ، أما في القانون الفرنسي القديم أصبح خاضعا لرقابة القضاء. يراجع: لا نور / المرجع السابق ، ص 131 ، والأستاذ مصطفى الزرقاء / نظرية الالتزامات العامة في الفقه الاسلامي ، ج 3 ، ص 55 وما بعدها .

(2) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 306 ، ص 268.

بالتزام المتعاقد الآخر ، فاذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه جاز للآخر أن يتحلل من التزامه نهائيا [1]، في حين أن فريقا ثالثا يعتد بفكرة العدالة ، ومقتضاها أن العدالة تقتضي أن يسمح للطرف الذى لم يحصل على الحق المقرر له بمقتضى التصرف أن يتحلل مما التزم به من جراء هذا التصرف [2]، ولكي نكون بصدد الفسخ استقر الفقه على ضرورة توافر ثلاثة شروط فيه تتلخص فيما يلي :

1) أن يكون التصرف ملزما للجانبين .

2) ان يكون أحد المتعاقدين قد أخل بتنفيذ التزاماته بمحض ارادته بينما طالب الفسخ يكون قد قام بتنفيذ التزاماته أو أظهر استعداده لذلك.

3) أن يكون من الممكن اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل ابرام التصرف .

والفسخ نوعان : قضائي واتفاقي ، وسنحلل كلا منهما في مطلب مستقل .

المطلب الأول

الفسخ القضائي (la résolution judiciaire)

الفسخ القضائي هو الجزاء المترتب على اخلال أحد العاقدين بالتزاماته العقدية في العقد الملزم للجانبين بموجب حكم قضائي . وفي هذا المعنى تنص المادة 119/1 مدني جزائري على أنه " في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك " . وجاء بفقرتها الثانية " ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات " .

ويستفاد من هذه المادة أن الشروط المتطلبة لتوقيع الفسخ القضائي هي التالية:

أولا : أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين :

ان نظرية الفسخ مرتبطة بنظرية السبب بمعناه التقليدى في العقود الملزمة للجانبين لأن التزامات الأطراف مرتبطة فيما بينها ارتباطا لا يتصور معه قيام أحدهما

---

(1) الدكتور السنهوري /الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 463 ، ص 785 .

(2) الدكتور سليمان مرقس / شرح القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 307 ، ص 272 . وفي هذا المعنى أيضا ريبير / القاعدة الخلقية ، رقم : 76 وما بعده .

دون قيام الالتزام المقابل بحيث اذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه جاز للطرف الآخر أن يطالب التحلل من التزامه . وبهذا المعنى فالفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين حتى لو كانت عقودا احتمالية كعقد القسمة وعقد ايراد مرتب لمدى الحياة (2) طبقا للمادة 618 مدني جزائري .

---

(1) ورغم عدم وجود نص في القانون المدني الفرنسي يمنع من فسخ عقد القسمة في حالة عدم قيام أحد أطراف العقد بتنفيذ التزاماته كدفع مقابل نقدي للجزء الذي تلقاه ، زيادة على باقي المتقاسمين فان الفقه والقضاء الراجحين يرفضان فكرة فسخ القسمة ما لم يوجد شرط فاسخ يقضي بذلك . ويؤسس الفقه ذلك على أمرين ، أولهما: نظري ، ومقتضاه أن القسمة تلعب دورا كاشفا (المادة 883 من القانون المدني الفرنسي) وليس منشئا ، فكل وارث لا يعتبر خلفا لبقية الورثة وانما يعتبر خلفا لمورثه اذ أنه تلقى حصته مباشرة من المورث ، ولذلك فانه لا يمكن أن تسحب منه الاموال التي تدخل في تكوين حصته بدعوى أنه لم ينفذ التزامه في مواجهة بقية الورثة الآخرين ، ولذلك فقد اعترض على الفسخ بان الأثر الكاشف للقسمة يقتضي وجود واقعة تحركه ، وهذه الواقعة مرتبطة ببعض الشروط التي يؤدي عدم احترامها الى زوال كل شيء ، وأما ثانيهما: فهو عملي ، ذلك أن القسمة تمس مصالح متعددة ، وخاصة مصالح عائلية ، والفسخ يترتب عليه خلق نوع من الاضطراب داخل هذه المصالح ، يراجع: فيل وتيري المرجع السابق ، بند 484 ، ص ص 539 - 540 .

أما بعض الفقه المصري فيحبذ ترك الأمر للقاضي ، الذي يكون من حقه أن يغلب المصلحة الراجحة فيقضي - بناء على ذلك - بالفسخ أو برفضه ، وذلك تطبيقا للقواعد العامة في القسمة (يراجع: السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، بند 463 ص 790) التي تجعل الفسخ اختياريا بالنسبة الى القاضي .

(2) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 356 ، ص 413 حيث يشير الى أن الفسخ يرد على جميع العقود حتى ما كان منها ذا صفة احتمالية كعقد ترتيب الايراد لمدى الحياة .

وعلى خلاف هذا الرأي فان الفقه الفرنسي يستثني عقد ايراد مرتب لمدى الحياة المنصوص عليه في المادة 1978 مدني فرنسي من العقود الملزمة للجانبين التي تخضع للفسخ نظرا للصفة الاحتمالية التي تسود هذا العقد (لانور / المرجع السابق ، ص 131).

وينتقد الفقه الفرنسي هذا الحكم معللا رأيه بأن السبب الذي دفع واضعي تقنيين نابليون الى اعتماد هذا الحكم والمتمثل في اضفاء صفة الاحتمال على العقود التي لا يمكن فيها تحديد عمر الانسان على وجه الدقة هو أساس غير دقيق ، ولذلك فانه يتمنى الغاء هذا النص ، ويساند ما لجأ اليه القضاء الفرنسي من تحديد نطاق اعمال هذا النص واعطائه طابعا استثنائيا (Civ. 1ère 08 / 02 / 1960 ; D. 1960 . 417) واعتباره غير آمر (Civ. 2 Déc. 1856; D.P. 1856.1.443 ; 24/06/ 1913; D.P. 1917.1.38)

../..

ثانيا : ألا يقوم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته :

وحتى نكون بصدد فسخ قضائي لا بد أن يكون أحد المتعاقدين لم ينفذ التزامه نتيجة خطئه لا بقوة قاهرة لا يد له فيها، والا كنا بصدد الانفساخ لا بصدد الفسخ ،يستوى في ذلك أن يكون عدم التنفيذ كليا أوجزئيا ، وذلك استنادا الى عموم النص اذأن عبارة " اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه " المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 119 مدني جزائرى لا تقطع بضرورة اشتراط عدم التنفيذ الكلي . غير أنه في حالة عدم التنفيذ الجزئي تكون للقاضي سلطة تقديرية ،فاذا ما تبين له أن ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كل الالتزامات جاز له أن يرفض الحكم بالفسخ (المادة 119/2 مدني جزائرى) . على أن حق طالب الفسخ مشروط بضرورة تنفيذه ما التزم به فعلا أو باظهاره استعداده لذلك لأن حق الفسخ ممنوح فقط لمن انتفى وجود تقصير في جانبه .

ثالثا : ضرورة صدور حكم قضائي بالفسخ :

يجب على المتعاقد الذى يرغب في أن يتحلل من التزاماته أن يستصدر

../.. فأما صفة الاستثناء فتظهر في أن القضاء رفض مدحكم هذا النص الى "عقد ايجار الغذاء" (contrat de bail à nourriture) وهو عقد بمقتضاه يلتزم شخص بأن يترك لآخر جزءا من أمواله أوكلها ، ومقابل ذلك يلتزم الشخص الذى حصل التنازل لصالحه بأن يأوى ويقدم الغذاء اللازم الى المتنازل حتى وفاته ،اذ نجد القضاء قرر أن هذا العقد خاضع لمبدأ الفسخ وأن المدين يكون ملزما باعادة ما تلقاه الى المتنازل كما أنه يعفى من ايواء وتقديم لوازم العيش (الغذاء) للدائن (Civ. 27 Novembre 1950, Gazette du Palais, 1951.1.132; Bull. civ. 1950 . I. N° 237).

وفضلا عن ذلك ،فان نص المادة 1978 غير آمر ،ذلك أن الأطراف المتعاقدة غالبا ما تستبعده من بنود التعاقد ،ففي غالب الأحيان يلجأ محررعقود الايراد الى وضع فقرة متعلقة بالشرط الفاسخ يتحقق حكمها بعدم دفع الاقساط (وفي تحليل ذلك يراجع: ڤيل وتيرى / الالتزامات ، طبعة ثانية 1975 ،ص 538، رقم : 484 ، وهامش (4) ص 538) .

واما في مصر ،فقد كان التقنيين المدني القديم ينص صراحة على أن عقد الايراد لمدى الحياة لا يرد عليه الفسخ (المادة 480 ، 588) وذلك تأثرا منه بالتقنين المدني الفرنسي . غير أنه ازاء انتقاد الفقه لهذا الحكم الغريب ، عدل المشرع المصرى في تقنين 1949 عن اتباع هذا الحكم وترك هذا العقد خاضعا للقواعد العامة في الفسخ (يراجع الدكتور السنهورى /الوسيط،ج 1،بند 468، ص ص789-790) .

حكما قضائيا بالفسخ ، واذن فالفسخ القضائي اختياري ، فهو اختياري بالنسبة الى الطرف المطالب به لأن له الحق في أن يطالب بتنفيذ العقد إن كان ممكنا أو بفسخه مع التعويض (المادة 119/1 مدني جزائري) بشرط أن يكون من الممكن اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد لأن للفسخ أثرا رجعيا . كما أنه اختياري بالنسبة الى القاضي ، فله أن يمتنع عن الحكم بالفسخ اذا تبين له أن شروط الفسخ غير مستوفية بل حتى مع استيفائها فله أن يمنح المدين مهلة قضائية يقوم خلالها بتنفيذ التزامه (المادة 119/2 مدني جزائري) بشرط أن يكون الالتزام مازال ممكن التنفيذ ، فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه خلال المدة الممنوحة له قضاء ، صار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بانتهاء الأجل الممنوح له .

واذا أصدر القاضي حكمه بفسخ العقد كان حكمه منشئا للفسخ ، اذ أن الفسخ لا يتقرر الا في الوقت الذي يصدر فيه القاضي حكمه (1). وحينئذ يثار التساؤل التالي : ما هو الأثر المترتب على الفسخ ؟

اجابة على هذا السؤال نصت المادة 122 على أنه : " اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فان استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض ".

ولتحليل هذه المادة ، أرى ضرورة التفرقة بين آثار الفسخ بالنسبة الى المتعاقدين من جهة ، وبالنسبة الى الغير من جهة أخرى .

أولا : أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين :

يؤدي الفسخ الى اعتبار العقد كأن لم يكن ، أي زواله بأثر رجعي ، ومن ثم يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فيلزم كل منهما برد ما حصل عليه ان كان لذلك محل ،(2) فان كان عينا يردها وثمراتها ، وان كان ثمنا يرده . واذا فسخ العقد ، فانه يؤدي - بحسب الأصل - الى زوال آثاره في الماضي ، واذا كان العقد يتضمن بعض الشروط فتبقى قائمة ، وذلك كالشرط الجزائي الذي يدرج في العقد للحيلولة دون الاخلال بالتنفيذ اذ أن

---

(1) لا نور / المرجع السابق ، ص 135.

(2) مارتي ورينو / المرجع السابق ، بند 303 ، ص 267 ، ملا نيول وريبير واسمان / المرجع السابق ، بند 433 ، ص 583 .

تطبيقه مشروط بزوال العقد [1].

واذا كان الأثر الرجعي بالنسبة الى العقود الفورية ممكنا عادة ، فان الأمر يختلف بالنسبة الى العقود المستمرة ، ففي عقد الايجار مثلا يستحيل ازالة آثاره بأثر رجعي لأنه يتعذر ازالة ما تم تنفيذه ، فالمستأجر قد انتفع بالعين المؤجرة ، ويترتب على ذلك - في رأى الفقه العربي - أن المدة التي انقضت من عقد الايجار قبل فسخه تبقى محتفظة بآثارها ، ويعتبر العقد مفسوخا من وقت الحكم النهائي بفسخه لا قبل ذلك " فتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة للفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض " [2] ، ويضمنها امتياز المؤجر ، والعلة في ذلك أن عنصر الزمن يعتبر ركنا في عقود المدة ، أى أن العقد لا يوجد الا مقترنا بأجل ، ولذلك فان القاضي حينما يقرر الفسخ في حالة عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه فانه يعمل على تعجيل الأجل المنهي ، وبذلك فانهم يرون أن عقود المدة لا يرد عليها الفسخ وانما تخضع للانهاء [3]. وعلى العكس من هذا الرأى فانه يلاحظ - في هذا الصدد - أن بعض الفقه الفرنسي يرى أن هناك اتجاها يستهدف تطبيق الفسخ بأثر رجعي حتى بالنسبة الى العقود الزمنية على الرغم من أن بعض آثارها تكون قد نفذت وأصبح من المستحيل ازالتها الا أنه لا يمكن اخضاعها للعقد الذى تم فسخه ، ويضرب لذلك مثلا بحالة فسخ عقد الايجار ، إذ يستحق المؤجر تعويضا بدفعه المستأجر عن المدة التي شغل فيها العين المؤجرة دون اشتراط مساواتها لقيمة الايجار المتفق عليه [4].

---

(1) كولان وكابيتان / المرجع السابق ، بند 1029 ، ص 574 .
(2) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 478 ، ص 806 .
(3) الدكتور أنور سلطان / النظرية العامة للالتزام ، ج 1 ، طبعة 1966 ، بند 353 ، ص 397 .
(4) مارتي ورينو / المرجع السابق ، بند 303 ، ص 267 ، وكولان وكابيتان / المرجع السابق بند 1030 ، ص 574 . وفي هذا المعنى يرى مازو أن فسخ عقد الايجار المبرم لمدة تسع سنوات بسبب عدم تنفيذ المستأجر لالتزامه بدفع الأجرة خلال الأربع سنوات الأخيرة يؤدى الى فسخ العقد وانقضاء الالتزامات الناجمة عنه ، واعتبار العقد كأنه أبرم لمدة خمس سنوات فقط . أما عن الأربع سنوات التي شغل فيها المستأجر العين المؤجرة ، فان المؤجر يحصل على تعويض يكون غالبا مساويا لقيمة الأجرة المستحقة . المرجع السابق ، بند 1103 ، ص 970 .
هذا ، ويستعين القاضي عند تحديده للتعويض بالأجرة المعينة من طرف المتعاقدين في عقد الايجار الذى حكم بفسخه .

ثانيا : أثر الفسخ بالنسبة الى الغير :

لا يترتب على الفسخ محو آثار العقد فيما بين المتعاقدين فقط ،بل يشمل الغير أيضا . ففي عقد البيع مثلا يعتبر المشترى - بناء على الأثر الرجعي للفسخ - كأن لم يكن مالكا أبدا للمبيع، ولذلك يعود المبيع الى البائع خاليا من الحقوق التي رتبها المشترى عليه لانه لا يستطيع أن يعطى الغير ما لا يملك ، وعلى ذلك فاذا كان المشترى قد تصرف فيه بالبيع فيحق للبائع أن يسترده من المشترى الثاني. وفي هذه الحالة فان المشترى لا يلزم برد ثمار المبيع الا اذا كان سيء النية وقت القبض ، ولا يكون كذلك الا من اليوم الذي يرفع فيه دعوى الفسخ على المشترى الأول ، أما اذا كان يعلم قبل رفع الدعوى بأن سند ملكية البائع مهدد بالفسخ لعدم الوفاء بالتزاماته فلا يمنع ذلك من اعتباره حسن النية لانه يصح له أن يعتمد على أن سلفه سيفي بالتزاماته ، كما أنه لا يلزم بالتعويض اذا أحدث تلفا بالمبيع قبل رفع دعوى الفسخ، في حين يجوز له أن يعود على طالب الفسخ بالمصاريف النافعة كمصاريف البناء والاصلاح ، والغراس (1).

ويستثنى من هذه القاعدة الحالات الآتية :

1 - اذا كان الغير الذي قرر له المشترى حقا عينيا على المبيع حسن النية وشهر حقه وفقا للقانون ، فان الفسخ لا يمس الحقوق التي ترتبت له خاصة وأن قانون اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقارى الصادر في 12 نوفمبر 1975 (2) قد نص في المادتين 15 و 16 منه على أن الشهر يعتبر وسيلة للاحتجاج بكل ما يتعلق بالحق العيني - من انشاء أو نقل أو تعديل أو انقضاء - فيما بين المتعاقدين (المادة 16) وبالنسبة الى الغير (المادة 15).

2 - اذا كان الغير يستطيع أن يدفع دعوى البائع بتملك المبيع بالتقادم .

3 - اذا كان الغير قد كسب بحسن نية حقا عينيا على منقول تطبيقا للقاعدة الشهيرة " الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية " (المادة 835/1 مدني جزائري).

4 - اذا كان الغير قد كسب حقا بموجب عقد من عقود الادارة كالايجار ، لأن المشترى يعتبر نائبا عن البائع باعتباره مالكا تحت شرط فاسخ ،له حق الادارة ،

---

(1) بودى وسينيا / المرجع السابق ، ج 17 ،بند 564 .
(2) منشور بالجريدة الرسمية ،السنة 12 ،العدد 92 الصادر بتاريخ : 1975/11/18 .

فاذا ما أبرم عقودا بدون غش فانها تنصرف الى المالك (1).

5 - اذا ترتب رهن تأميني لدائن مرتهن حسن النية أى كان يعتقد عند انشاء عقد الرهن ملكية المدين الراهن للعين محل الرهن ملكية تامة وغير مهددة بالزوال وتوافر لديه من الأسباب ما يعتبر عذرا عن هذا الاعتقاد الخاطئ، فان الفسخ لا يؤثر في حقه. وقد أورد المشرع نصا خاصا لحمايته في المادة 885 مدني جزائري اذ جرى نصها على النسق التالي : "يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته، أوفسخه أو الغاؤه، أوزواله لأى سبب آخر، اذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت ابرام عقد الرهن" بشرط أن يكون المرتهن قد رتب تهمل رفع دعوى الفسخ.

المطلب الثاني

الفسخ الاتفاقي

(la résolution conventionnelle)

تنص المادة 120 مدني جزائري على أنه " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة الى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار الذى يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين ".

ان هذه المادة تجيز للمتعاقدين أن يتفقا مقدما عند ابرام العقد على الفسخ في حالة عدم وفاء أحدهما بالتزاماته، وقد تطلب القانون لاعمال الفسخ الاتفاقي توافر الشروط المتفق عليها بين المتعاقدين، كما يشترط اعذار المدين. ويتعين أن يتم الاعذار في المهلة المحددة اتفاقا أوعرفا اذا لم يكن قد صدر بشأنها اتفاق سابق طبقا للصياغة الفرنسية التي أرجحها في هذا الصدد اذ جاء بها " ان هذا الشرط (أى فسخ العقد عند عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماته) لا يعفي من ضرورة الاعذار الذى تحدد مدته حسب العرف في حالة عدم تحديده،

---

(1) الدكتور السنهوري / الوسيط، ج 1، المرجع السابق، بند 479، ص807، والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق، بند 354، ص 398، والدكتور سليمان مرقس/ شرح القانون المدني، المرجع السابق، بند 323، ص ص 284 - 285.

من الأطراف المتعاقدة" (1).

واذا كان المشرع قد اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى استصدار حكم قضائي بذلك ، فان هذا لا يعني استبعاد رقابة القضاء في حالة ما اذا نشب نزاع بين المتعاقدين حول تنفيذ الالتزامات أو حصول تحقق الشروط المشار اليها في النص . ومما لا شك فيه أن القضاء هو المرجع الوحيد في حالة حدوث نزاع بين الطرفين اذ هو السلطة ذات الصلاحية للتحقق مما اذا كان قد وقع هناك اخلال بالالتزام من عدمه . فاذا عرض النزاع على القضاء ، اقتصرت سلطته على التحقق من حصول الاخلال بالالتزام أو من عدم حصوله .

وقد استقر الفقه والقضاء على أن الشرط الفاسخ لا يؤدى الى اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه الا اذا كان قاطع الدلالة على ذلك ، أما اذا ثار شك بشأنه فيتعين تفسيره على أنه لا يؤدى الى جعل العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد الاخلال بالالتزام . ومن قبيل ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية في 12 يناير 1950 من أن " الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام الا اذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه" (2).

واذا ما فسخ العقد ، تترتب عليه نفس الآثار التي سبق تحديدها بالنسبة الى الفسخ القضائي .

المبحث الثاني
++++++++++++++++

الانفساخ أو الفسخ بحكم القانون
++++++++++++++++++++++++++++

(LA RESILIATION)

تنص المادة 121 مدني جزائرى على أنه " في العقود الملزمة للجانبين ، اذا انقضى التزام بسبب تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم

---

(1) يجرى النص الفرنسي كالتالي : Art. 120 : " ... Cette clause laisse subsister la nécessité d'une mise en demeure dont le délai, à défaut de fixation par les parties contractantes, est déterminé suivant les usages."

(2) أورده الدكتور السنهورى في الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 811 ، هامش (2) .

القـــانـــون *.

وقبل تحليل هذه المادة أشير - بادئ ذي بدء - الى أن هناك خطـــأ ورد في صياغتها العربية - أرجح أن يكون مطبعيا - اذ الأصح هـــو أن يقال " ... اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه " وفق ما جاء فـــي صياغتها الفرنسية " si l'obligation est éteinte par suite d'impossibilité d'exécution."
وهــــــــذا ما يقتضيه سياق النص نفسه .

ثم ان هذه المادة - شأنها في ذلك شأن المادة 176 مدني جزائري(1) - تفصح عن أن استحالة التنفيذ اذا كانت راجعة الى سبب أجنبي لا يد للمديـــن فيه ، فانها تؤدي الى انقضاء الالتزام وبالتالي الى صيرورة العقد منفسخا مـــن تلقاء نفسه ، وبذلك يمكن القول بأن أساس الانفساخ يرجع الى استحالة تنفيذ العقد بسبب أجنبي لا دخل للمدين فيه سواء كانت الاستحالة مادية كتهدم المنزل المبيع قبل أن يسلمه البائع الى المشترى ، أم كانت تلك الاستحالـــة قانونية كما اذا نزعت ملكية هذا المنزل للمنفعة العامة(2). وترتيبا علـــى هذا الأساس فلا ضرورة للاعذار لأن مجال اعماله يتطلب ضرورة كون التنفيذ ممكنا ، كما أنه لا حاجة لصدور حكم قضائي بالفسخ لأن الانفساخ مصـــدره القانون(3)، فاذا وقـــع أن ادعى أحد الطرفين أن الطرف الآخـر قد امتنـــع عن التنفيذ بخطئه وتبين للقاضي أن عدم التنفيذ مرجعـــه السبب الأجنبـــي فأصدر حكما بالانفساخ كان هذا الحكم مقررا للفسخ لا منشئا لـــه(4).

على أن القضاء الفرنسي قد نحا عكس هذا المنحى اذ أنه ذهب الـــى مد مجال الفسخ القضائي الى الحالات التي يكون فيها عدم التنفيذ راجعـــا

---

(1) يجرى نص المادة 176 مدني جزائرى كالتالي " اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ... " .

(2) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي / نظرية العقد ، المرجع السابق ، بند 233 ، ص 362 - 363 .

(3) الدكتور محمد حسنين / المرجع السابق ، ص 127 .

(4) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 489 ، ص 822.

الى حادث فاجئ ، أو الى قوة قاهرة أو الى خطأ المدعى عليه يستوى في ذلك أن تؤدى القوة القاهرة الى عدم التنفيذ الجزئي أو الكلي للالتزام (1).

وترتبط بالانفساخ مسألة تحمل التبعة ، ومفادها أن العقد اذا انفسخ بحكم القانون لاستحالة تنفيذ التزام المدين لسبب أجنبي ، فأى الطرفين يتحمل تبعة انقضاء الالتزام الذى استحال تنفيذه؟

اذا كان العقد ملزما لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة ، واستحال تنفيذ التزام المودع لديه لسبب أجنبي فان التزام المدين ينقضي ويتحمل الدائن (المودع) تبعة الاستحالة (2). أما في العقد التبادلي ، فان المدين اذا استحال عليه تنفيذ التزامه فانه لا يستطيع مطالبة الدائن بتنفيذ ما تعهد به ، وبالتالي فالخسارة في نهاية الأمر تقع عليه ، وهو الذى يتحملها (3). ففي عقد البيع اذا هلك المبيع المعين بالذات قبل التسليم لسبب أجنبي فان المدين بالتسليم هو الذى يتحمل تبعة الهلاك (4) الا اذا وقع الهلاك بعد اعذار المشترى بتسلم العين المبيعة فحينئذ تنتقل تبعة الهلاك الى المشترى الذى لم يقم بالتسلم رغم اعذاره (المادة 369 مدني جزائرى)، بينما القانون الفرنسي جعل في المادة 1188 مدني تبعة هلاك العين في عقد البيع على المالك أى المشترى ولو لم يتسلم المبيع (5).

الاثار المترتبة على الانفساخ :

يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون نفس الاثار التي تترتب على الفسخ بنوعيه : القضائي والاتفاقي - كما سبق - ، ويعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد (المادة 122 مدني جزائرى) ولا محل للتعويض

---

(1) مشار اليه في كولان وكابيتان / المرجع السابق ، بند 1024 ، ص 571 ، والدكتور محمد حسنين / المرجع السابق ، ص 127.

(2) الدكتور السنهورى / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 490 ، ص 823 ، والدكتور محمد حسنين / المرجع السابق ، ص 127.

(3) الدكتور سليمان مرقس / شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، بند 317 ، ص ص 279 - 280 .

(4) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 325 ، ص 282 .

(5) الدكتور محمد حسنين / المرجع السابق ، ص 127 .

لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة قاهرة لا يد له فيها [1] .

المبحث الثالث

اختلاف البطلان عن الفسخ والانفساخ

اذا كان كل من البطلان والفسخ والانفساخ يؤدي - بحسب الأصل - الى زوال التصرف بأثر رجعي يستند الى وقت ابرامه ، فان هناك خلافات جوهرية بينهما يمكن تلخيصها على ضوء الأحكام الواردة في القانون المدني الجزائري في النقاط التالية :

1 - من حيث السبب :

ان سبب البطلان يكمن أصلا في عدم استجماع التصرف لأركان محددة قانونا ، كما أن سبب الابطال يرجع الى عدم توافر شروط صحة الرضا أو الى نقص الأهلية ، أى أنه يصاحب التصرف من وقت نشأته ووجوده [2]، أما الفسخ بنوعيه والانفساخ فهما جزاء يترتب على عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه يستوى في ذلك أن يكون عدم التنفيذ راجعا الى امتناع أحد المتعاقدين أو الى استحالة التنفيذ بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

2 - من حيث نوع التصرف :

يرد الفسخ والانفساخ على عقد ملزم للجانبين فقط ، فلا يتصور أن يرد على التصرفات الصادرة من جانب واحد ، أما البطلان فانه يرد على كافة التصرفات سواء كانت صادرة عن جانبين أو عن جانب واحد .

3 - من حيث الوقت أو الزمن :

ينسحب البطلان الى وقت ابرام التصرف سواء كان مطلقا أو نسبيا متى قضى بابطال التصرف اعمالا لفكرة الأثر الرجعي ، أما الفسخ أو الانفساخ فيرد

---

(1) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 491 ، ص 824 .
والدكتور محمد حسين / المرجع السابق ، ص 127.

(2) الدكتور محمد حسنين / المرجع السابق ، ص 126.

على عقد كان صحيحا ومن ثم فانه يكون لاحقا لابرام العقد . وبعبارة أخرى فان سبب البطلان بنوعيه يقوم وقت قيام التصرف أي يكون معاصرا لنشأته، بينما أسباب الفسخ تنشأ بعد قيام التصرف سليما صحيحا والمتمثلة في عدم التنفيذ "

4 - من حيث أساس دعوى المسئولية :

اذا كان أساس المسئولية بصدد التصرف الباطل يخضع لأحكام المسئولية التقصيرية باتفاق الفقهاء ، فانه في دعوى الفسخ حصل خلاف حاد بين الفقهاء ، فمن قائل بان المسئولية تكون تعاقدية لأنها تجد مصدرها في الاخلال بالتزام تعاقدي [1]، ومن قائل ان المسئولية بعد فسخ العقد تكون تقصيرية .

5 - من حيث السلطات المخولة للقاضي في كل من الفسخ والبطلان :

يكون القاضي ملزما - بحسب الأصل [2]- بالحكم بالبطلان متى طلب منه ذلك . أما في الفسخ [3] فيبقى الأمر جوازيا ، أي يخضع السلطة التقديرية للقاضي، فله ان يحكم به ، وله أن يعدل عنه الى الحكم بالتنفيذ . وفي حالة الحكم بالتنفيذ فان السلطة التقديرية تمكنه من منح المدين مهلة يتم خلالها التنفيذ . كما أنه يملك الحكم بالتعويض للدائن أو برفضه خاصة اذا رأى أن عدم التنفيذ كان جزئيا ، وليس بذي أهمية .

---

(1) بوبينيك/فسخ وانفساخ البيوع التجارية ، رسالة من جامعة باريس 1943، مطبوعة على الآلة الكاتبة، ص 7 .

(2) وقد استعملنا عبارة - بحسب الأصل - لأن هناك استثناء يرد على القاعدة العامة، وهو استثناء قرره المشرع بمقتضى المادة 90/3 مدني اذ نص على انه بامكان المدعى عليه في عقود المعاوضة "أن يتوقى دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

(3) أما الانفساخ فلا يملك القضاء الاجتهاد بصدده، فليس له أن يمنح المدين أجلا ، ولا أن يحكم بالتعويض، اذ ان الحكم بالانفساخ يكون واجبا مع توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 121 مدني . ولكن اذا حصل اختلاف في توافر شروط الانفساخ من عدمها ، فان القضاء يتدخل ليراقب ويقرر ما اذا كانت شروط انفساخ العقد متوافرة أو ان العقد مازال قائما . أما القضاء الفرنسي فقد سار على التسوية بين الفسخ والانفساخ من حيث اخضاعهما لرقابته . يراجع مؤلف الدكتور محمد حسنين / الوجيز ، المرجع السابق، ص 127 ، وكولان وكابيتان / المرجع السابق، بند 1024 ، ص 571 .

الفصـــل الـــرابـــع
xxxxxxxxxxxxxxx

البطلان و أنظمة قـانونيـة أخـــر ى
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

قد يلتبس البطلان بأنظمة قانو نية أخر ى لعل أهمها يتمثل في الشـــــر ط الفاسخ و الأجـل الفاسـخ . لذلك نعرض في هذا الفصـل لماهيـــة الشرط الفاسخ ، ثـم بيان اختلا فه عن البطلان ، و أخيرا الا جـل الفاســخ ومقارنتـه بالبطـلان ، ونتناو ل كـلا من هذه المسائل في مبحــث مستــقـل.

المبحـــث الأ و ل
+++++++++++++++

مـاهيـة الـــشر ط الفاســـخ
++++++++++++++++++++++

(LA CLAUSE RESOLUTOIRE)

الشرط(1)ــ باعتباره وصفا للالتزام ــ هو واقعة مستقبلة غير محققـة الو قو ع ، يترتب على تحققها نشـو ء أو زو ال الا لتزام فيسمى في الحـــالة الأ و لـــي شــرطا و اقفا ، وفي الحالة الثانية شرطا فاسخا(2). وهذا ماعناه المشرع الـجزائرى في المادة 203 مدني اذ جــاء نصها " يكو ن الالتزام معلقا (على شرط) اذا كان وجوده أو زو اله مترتبا على أمـــر مستقبل وممكـــن و قـــوعه ".

وقد وجد في الفقه رأى يذهب الى أن الشرط الفاسخ ليس الا شرطـــــا و اقفا و ان كـــان " تــارة يطلق عليه نشـو ء الا لتزام و تــارة يطلق عليه فسخ الا لتزام ، فما يسميه القانو ن المدني التزاما تحت شـرط فاسخ ليس في الحقيقة الاالتزامـا

---

(1) ان المشرع الجزائرى يضفي على الشرط عدة معان ، فأحيانا يقصد به العناصـــر الجو هرية المتطلبة لتكو ين العقد ، و طو را آخر يريد به الواقعة المستقبلة. الا أن المعنى الحقيقي لهذه الكلمة من و جهة نظر قانو نية هي أن وظيفة الشر ط تتمثل في وقف تكو ين علا قة قانو نية أو زو الها على تحقق واقعة مستقبلة و غير مؤكدة و اذن ، فالعمل القانو ني الشرطي هو عمل غير معرو ف المصير مستقبلا ماد ام المتعاقدان لا يعلمان مصير الواقعة المستقبلة : هل ستتحقق أو لا ؟

(2) الدكتور السنهورى / الو سيط ، جزء 3 ، نظرية الالتزام بشكل عام (الأوصاف ، و الحو الة ، و الانقضاء) القاهرة 1958، بند 17، ص 26، وكو لا ن و كابيتـــان / المرجع السابق ، بند 1682 ، ص 931 ، و مازو / المرجع السابق ، بند 1027، ص 921 ، وكاربو نييه / المرجع السابق ، بند 146 ، ص 244.

بسيطا يعلق فسخه على شرط واقف"(1) وحقيقة الأمر أنه اذا كان الشرط الفاسخ في حقيقته نوعا من الشرط الواقف يتوقف على تحققه فسخ العقد ، فان التفرقة بينهما تبقى ضرورية . فتحقق الشرط الواقف يؤدى الى نشوء الالتزام أى أن العقد قبل تحققه يكون غير موجود تطبيقا لنص المادة 206/1 مدني جزائرى التي نصت على أنه " اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط ...". في حين أن الشرط الفاسخ يؤدى الى زوال الالتزام ، وهذا يفترض بداهة أن الالتزام قائم وموجود ، وهو ما يستفاد من نص المادة 207/1 مدني جزائرى التي نصت على أنه " يزول الالتزام اذا تحقق الشرط الفاسخ ...". فهذه المادة قاطعة الدلالة على أن الالتزام يكون قد نشأ . وتطبيقا لذلك ، نص المشرع الجزائرى في المادة 355/2 مدني على أنه " يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول ، الا اذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ ". ويتضح من الاستثناء الوارد في هذه المادة أن شرط التجربة قد يكون فاسخا ، وذلك كما اذا اتفق المتعاقدان على أن تكون التجربة شرطا فاسخا وحينئذ فان البيع ينفذ منذ البداية ويصبح المشترى مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ ، بينما البائع يصبح مالكا له ملكية معلقة على شرط واقف . فاذا تحقق الشرط وأعلن المشترى الى البائع عدم قبوله للمبيع ورفضه له ، انفسخ البيع بأثر رجعي ، واعتبر المشترى كأنه لم يملك المبيع . أما اذا تخلف الشرط أو سكت المشترى فان البيع يصبح باتا ويعتبر المشترى مالكا له منذ انشاء العقد.(2)

هذا ، وان شرط التجربة شبيه بخيار الشرط(3) في الفقه الاسلامي اذا كان الخيار مشروطا للمشترى اذ يقصد به التروى وحفظ حق الرجوع في العقد.(4)

---

(1) الدكتور عبد الحي حجازى / ضمان الهلاك في القانون المدني المصرى ، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، جامعة القاهرة ، السنة 15 ، ص 515.

(2) الدكتور السنهورى / الوسيط ، البيع والمقايضة ، ج 4 ، القاهرة 1960 ، بند 71 ، ص ص 136 - 137.

(3) يقصد بخيار الشرط في الفقه الاسلامي هو ان يشترط أحد المتعاقدين في عقود المعاوضة أن يكون له الخيار ، أى حق الفسخ خلال مدة معينة ، تراجع المجلة ، المواد 300 - 309 .

(4) الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء / عقد البيع في القانون المدني السورى ، دمشق 1965 ، بند 57 ، ص 75.

المبحث الثاني

اختلاف البطلان عن الشرط الفاسخ

اذا تأملنا كلا من الشرط الفاسخ والبطلان تبين لنا أن هناك وجه شبه ، ووجه اختلاف بينهما ، يمكن اجمالهما في التالي :

وجه الشبه بين البطلان والشرط الفاسخ :

سبق أن أوضحنا أن الشرط الفاسخ هو واقعة مستقبلة ممكنة الوقوع يترتب على نشوئها زوال الالتزام ، وفي هذه الحالة فهو يتشابه مع البطلان الذي يؤدي الى زوال الالتزامات المترتبة على التصرف بأثر رجعي بل ان الشبه يتضح أكثر مما سبق بين الشرط الفاسخ والتصرف القابل للابطال ، اذ أن ابطال تصرف نتيجة عدم كمال الأهلية ، أو وجود عيب في الارادة ، يؤدي الى زواله بأثر رجعي ، وهو بذلك كالشرط الفاسخ ان تحقق انسحب أثره الى وقت انشاء التصرف .

وجه الاختلاف بين البطلان والشرط الفاسخ :

1 - ان الشرط الفاسخ هو عبارة عن وصف يلحق الالتزام ، فيجعله مهددا بالزوال . أما البطلان فهو جزاء يلحق التصرف بسبب تخلف أحد أركانه الجوهرية أو شروط المحل أو شروط السبب (حيث نكون بصدد بطلان مطلق) أو تخلف أحد شروط صحة الرضا (فنكون - حينئذ - بصدد بطلان نسبي) .

2 - ان زوال التصرف بأثر رجعي بسبب البطلان مرده الى أن التصرف قد نشأ أصلا باطلا أو نشأ قابلا للابطال . بينما زوال التصرف بتحقق الشرط الفاسخ يرجع سببه في الواقع الى طبيعة الشرط ذاته ، وهو يفترض بداهة أن التصرف قد نشأ صحيحا ، وبتحقق الشرط يزول أثره بأثر رجعي .

ولايضاح هذا الفارق فان الأستاذ السنهوري يضرب مثالا على النحو الاتي:

" اذا وهب شخص دارا لأرملة ابنه لتسكن فيها مع أولادها ، وعلق الهبة على شرط فاسخ مشترطا أن تفسخ الهبة اذا هي تزوجت ، قاصدا بذلك

أن يحملها على عدم الزواج حتى تتفرغ لتربية أولادها ، فهنا الهبة صحيحة، ولكنها تزول بـأثـر رجعي اذا تحقق الشرط الفاسخ وتزوجت الموهوب لها وقد زالت الهبة بأثر رجعي لا لانها باطلة أوقابلة للابطال ، بل لأنها علقت على شرط فاسخ وقد تحقق الشرط[1] .

ولهذه العلة ، فان التصرف القابل الابطال لا يشتبه بالشرط الفاسخ رغم أنه اذا تقرر ابطاله انعدم وجوده ، وعاد هذا الانعدام الى لحظة ابرام التصرف[2]. فهذه حالة قانونية سببها عيب لحق التصرف ، وتلك حالة أخرى سببها تحقق الشرط ، ولا يمكن أن يكون الأثر الرجعي الذى جمع بين الأمرين يجعل منهما شيئا واحدا فهذا أمر يأباه المنطق القانوني .

وهكذا يتضح أن الشرط الفاسخ يختلف عن البطلان من حيث أساس كل منهما ، ومجال اعمالهما .

المبحث الثالث
+++++++++++++++

الأجل الفاسخ والبطلان
++++++++++++++++++++++

1 - ماهية الأجل الفاسخ : (la terme extinctif)

الأجل - باعتباره وصفا للالتزام - هو عبارة عن أمر مستقبل محقق الوقوع يتوقف على نفاذه أوعلى انقضائه نشوء الالتزام أوزواله . وهو بذلك إما أن يكون أجلا واقفا يترتب على نفاذه تحقق الالتزام، وإما أن يكون أجلا فاسخا يترتب على تحققه انقضاء الالتزام .

وقد استقر الفقه الفرنسي على تسمية ما اصطلح على تسميته في الفقه العربي بالأجل الفاسخ " الأجل المنهي " terme extinctif "على أسا ..

(1) الدكتور السنهوري /مصادر الحق ،ج 4،المرجع السابق، ص 97 .
(2) الدكتور محمود جمال الدين زكي /المرجع السابق،بند 130،ص 258.

أنه يعتبر سببا لانقضاء الالتزام[1] وقد كان لهذا الرأى صداه في التشريع الجزائرى على الرغم من أن المشرع قد استخدم صراحة في المادة 212/ 2 عبارة " الأجل الفاسخ " [2] الا أنه ألحقها مباشرة بما يفيد أن تحقق الشرط يؤدى الى زوال أثره مستقبلا فقط ، وبذلك تصح تسميته " بالأجل المنهي " وهو ما ورد في الصياغة الفرنسية لنفس الفقرة ، " A l'échéance du terme extinctif, l'obligation s'éteint sans que cette extinction ait un effet rétroactif."

وان كنا نأخذ على المشرع الجزائرى في صياغته الفرنسية للفقرة ايراده عبارة "دون أن يكون لهذا الانقضاء أثر رجعي " لأن عبارة " الأجل المنهي " تفيد ذلك ولا فائدة من الزيادة في التشريع .

2 - الأجل الفاسخ و البطلان :

ان مقارنة البطلان بالأجل الفاسخ تكشف لنا عن وجود نقاط اختلاف بينهما تتمثل فيما يلي :

أ - من حيث الوصف :

ان الأجل الفاسخ هو وصف يلحق الالتزام فينتهي نفاذه عند حلول أجل معين ، أما البطلان بنوعيه فهو جزاء يلحق التصرف بسبب عدم استجماعه لأركان قيامه أو لشروط صحة الرضا .

ب - من حيث الأثر الرجعي :

اذا تحقق الأجل الفاسخ (المنهي) فانه لا يكون ذا أثر رجعي ، أى أن تحقق الشرط الفاسخ يترتب عليه زوال الالتزام مستقبلا دون أن ينصرف أثره الى الماضي ، وذلك على خلاف البطلان الذى يعتبر - كما سبق البيان - جزاء يلحق التصرف بسبب عدم مراعاته لأحكام القانون في تكوينه والذى يؤدى الى انهيار التصرف من أساسه حيث أن التصرف يعتبر كأن لم يقم أصلا

وبذلك ، فان طبيعة الأجل الفاسخ (المنهي) تختلف عن طبيعة البطلان ومن ثم لا يمكن أن يختلط أحدهما بالآخر .

---

(1) مازو / المرجع السابق ،بند 1016 ، ص 917 ، ومارتي ورينو / المرجع السابق ، بند 727 ، ص 746 فهما يريان أن الأجل المنهي في حقيقته سبب لانقضاء الالتزام أكثر من كونه وصفا له .

(2) تنص المادة 212/ 2 مدني جزائرى على مايلي "ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي .

الفصـــــل الخـامـــس
xxxxxxxxxxxxxxxxxx

الفسخ و الانفساخ في الفقه الاسلامي ومقارنتهما بأحكام القانون الوضعـــي
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

أولا : الفسخ والانفساخ في الفقه الاسلامي

١) الفسخ في الفقه الاسـلامـي :

أ) الأصل العام : استبعاد فكـرة الفسـخ .

ان الأصل العام المقرر في الفقه الاسلامي هو أن الدائن لا يحق لـه أن يطالب بالفسخ اذا ما أخل المدين بالتزامه ، بل انه يصبح من حقه فقط أن يطالب مدينـــــه بالوفاء في حالة ما اذا كان العقد مـن عقود المعاوضة ،أي من تلـك الـمقـــود اللازمة بطبيعتها والخالية من الخيارات ، والأصل في هذه العقود هو أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بالفسخ اذا امتنع المدين عن الوفـاء بالتـزامـه ، طالـمـــا أن العقد نشأ صحيحا فيكون لازما ، ومن ثم يكون من حقـه أن يطالب المديـــن بتنفيذ التزامه ، شريطة أن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقه[1] فـان امتنع المدين جاز ـ حينـئذ ـ للدائن أن يستوفي حقه منـه طبقا للقـواعد المقررة لاستيفاء الدين في الفقه الاسلامي . وتطبيقا لذلك ، فانه اذا استحق الثمن فـــي عقد بيع مثلا ، فان المشترى يصبح ملزما بأدائه للبائع بأن يكون الدفع حالا اذا كان الثمن معجل الأداء ، أو يتم دفعه في الأجل المحدد له ان كان الدفع مـؤجلا ، فاذا امتنع المشترى عن الدفع ،فانه يكون من حق البائع أن يبيع من أموال المديـن ما يـفي بالثمن المطلوب (المادة 487 من مرشـد الحيران) .

نعم قد يشترط أحد الطرفين لنفسه ما يسمى بحق النقـد[2] حـيـــــن

---

(1) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 6 ، ص 217 .

(2) حق النقد ويدعى " خيار النقد " وهو ان يتبايع اثنان ، ويشترط البائع على المشترى مثلا أنه اذا لم يسلم النقود في الأجل المتفق عليه فلا بيع بينهما ،أو يقوم المشتر ى بتسليم الثمن الى البائع ويجعل له الخيار في رد الثمن في مدة معينة ،ويقبـــل البائع ذلك ، ففي هذه الحالة يصح البيع والشرط معا . يراجع مؤلف الأستـاذ محمد مصطفى شلبي / المدخل ، المرجع السابق ، ص 631.

ابرام العقد ،فاذا استعمل أحدهما هذا الحق ، فان العقد لا يفسخ طبقـــا للقاعدة العامة ، بل انه يتقرر كنتيجة منطقية لقيام الخيار في العقد المبرم ، والـــذى يجعل منه ذلك الشرط عقدا غير لازم .

ب) الاستثناء : جواز الفسخ :

واذا كان الأصل العام يقتضي استبعاد حق الفسخ ، فان هناك استثناءين يردان على الأصل العام ، وبمقتضاهما يحق للدائن أن يطالب بفسخ العقد اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه العقدي.

الاستثناء الأول : ويتقرر في حالة انعدام محل العقد أوفوات المنفعة المقصودة منـــه .

وصورة ذلك أن تهلك العين المؤجرة في عقد الايجار ، (أن يهلك الشيء المبيع في عقد البيع ، سواء أكان هذا الهلاك كليا أوجزئيا ، أوأن يكون قد لحـق المعقود عليه عيب أونقص في مقداره ، أوحدثت أمور من شأنها أن تمنع الدائـن من الاستفادة من المنفعة المبتغى تحقيقها منه . ففي مثل هذه الحالات ، فـان الخلل الذى لحق المعقود عليه ، يعطي الحق لمن تأثرت مصلحته بهذا الخلـل في أن يطلب فسخ العقد ، ويكون مرد الفسخ حينئذ ذلك الخلـل الذى لحق المعقود عليه وليس فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة كما هو معروف في فقه القانون الوضعي(1).

الاستثناء الثاني : ويسرى على عقد الايجار وعقد العمل بوجه خاص وقبـل تحليل هذا الاستثناء ، نشير الى أن جواز فسخ الايجار شأنه في ذلك شأن العقود المتعلقة بالمنفعة المتجددة كعقد العمل ، فتعتبر من قبيل الاستثناء على الأصـل العام إعمالا لمنهج الاستثناء ، وذلك نظرا لكون الايجار يرد في الأصل على منفعة معدومة ، تتجدد شيئا فشيئا ، وفي ذلك يقول الدكتور السنهورى:" ان هـذا العقد قد جاء على خلاف القياس استحسانا (ذلك أن) المعقود عليه في (هذا العقد) هو المنفعة أو العمل، وهو معدوم، ويتجدد آنا فـآنـا"(2)

---

(1) يراجع ما سبق صفحة 316 من هذه الرسالة .

(2) الدكتور السنهورى / مصادر الحق ، ج 6 ، ص 230 .

واعمالا لمنهج الاستحسان ،فانه قد تقرر تطبيق الفسخ بصدد عقد الايجار ، وبصدد عقد العمل أيضا .

على أن اعمال الفسخ بصدد عقد الايجار قد تم التوسع فيه ، اذ أن الفسخ لا يلجأ اليه فقط عند هلاك العين المؤجرة أوحدوث عيب فيها أوحدوث مانع يحول دون الانتفاع بالمنفعة المقصودة من محل العقد ،بل انه يطبق أيضا حين لا يؤدى المستأجر أجرة العين المؤجرة (1) .

ومثل هذا الحكم يسرى ايضا بصدد عقد العمل اذ أنه من المقرر أن من حق العامل أن يمتنع عن أداء العمل المتفق عليه اذا لم يف له رب العمل بأجرته .

وأما عن الأساس القانوني لاعمال الفسخ في مجال عقدى الايجار والعمل ،فانه لا يجد مصدره في فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة ذلك أنه لا وجود لهذه الفكرة في الفقه الاسلامي (2) بل انه " يرجع الى فكرة تجدد المعقود عليه آنا فآنا " (3)، أى أننا في مجال هذين العقدين نكون بصدد تجدد في المنفعة ، وهذا التجدد في المنفعة يؤدى الى تصور عدة عقود متتالية تتجدد بتجدد وحدات المنفعة مع ما يؤدى اليه ذلك من استحقاق الأجرة عن كل وحدة ،ويترتب على ذلك أنه اذا امتنع المستأجر عن دفع الأجرة ، فانه يحق للمؤجر أن يمسك ما يقابل الأجرة من تلك المنفعة ، كما أنه اذا امتنع رب العمل عن تسليم العامل أجرته جاز لهذا العامل أن يمسك عن العمل لحين استيفاء أجرته .

2) هل للانفساخ مكانة في الفقه الاسلامي ؟

واذا كان الفسخ قد تأصلت أحكامه في ظل الفقه الاسلامي ،فان فكرة الانفساخ تجد لها مكانا أيضا في ظل هذا الفقه . وبهذا الصدد فان الفقهاء المسلمين يقررون أن الانفساخ يتحدد بحالة هلاك محل العقد هلاكا كليا بحيث يصبح العقد منعدما في هذه الحالة لانعدام محله .

ومثل هذا الحكم يمكن استخلاصه من تحليل المادة 646 من مرشد الحيران التي ورد بها " اذا حدث بالعين المستأجرة عيب يفوت به النفع بالكلية

---

(1) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ،ج 6 ص 229 .
(2) يراجع ما سبق ص 334 من هذه الرسالة .
(3) الدكتور السنهوري/ مصادر الحق ،ج 6 ، ص 232 .

كخراب الدار... (فانه) يسقط عن (المستأجر) الأجر، سواء فسخ العقد أولا..." ان هذا النص قد أوضح بأنه أذا انعدمت منفعة العين المؤجر كلية لخرابها أو لهلاكها هلاكا كليا، فان عقد الايجار ينفسخ من تلقاء نفسه، وتسقط الأجرة تبعا لذلك عن المستأجر.

ثانيا : المقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي بصدد الفسخ والانفساخ :

من خلال تحليلنا لأحكام الفسخ والانفساخ في أحكام القانون الوضعي والفقه الاسلامي يمكن أن نستنتج مايلي :

1) ان فكرة الانفساخ ممتدة في ظل الاثنين، وتتقرر حالة انعدام محل العقد انعداما كليا كهلاك العين المؤجرة في عقد الايجار هلاكا كليا.

2) ان الفسخ اذا كان مقررا كقاعدة عامة في القانون الوضعي، فان تطبيقه في اطار الفقه الاسلامي يبقى من قبيل الاستثناء، ذلك أن القاعدة العامة في الفقه الاسلامي تقتضي تنفيذ الالتزام فقط في ظل عقود المعاوضات.

3) ان الفسخ في القانون الوضعي يجد مصدره في فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، ومثل هذا التأسيس مستبعد في ظل الفقه الاسلامي اذ أنه يتحدد بحالتين، اما بانعدام محل العقد أو بفوات المنفعة المقصودة منه، واما بفكرة" تجدد المعقود عليه آنا فآنا" اذا استخدمنا عبارة الاستاذ الدكتور السنهوري، أو لحظة لحظة.

4) اذا كان الفقه - في اطار القانون الوضعي - قد تساءل عن مدى امكان اعمال الفسخ في اطار عقود المدة من عدمه، فان الفقهاء المسلمين يرون أن هذه العقود هي المجال الخصب لاعمال الفسخ، كما هو الأمر بالنسبة الى عقدي الايجار والعمل، ويكون الفسخ فيهما منهيا للعقد، وليس له أي أثر رجعي.

البـــــــاب الثـــــاني

آثــــــار البطــــــــلان

نتولى بالتحليل هذا الموضوع في ثلاثة فصول ، نتناول في الفصل الأول آثار البطلان في فقه القانون الوضعي ، ونخصص الفصل الثاني لآثار البطلان في الفقه الاسلامي ، ونعقد فصلا ثالثا للمقارنة بين آثاره في كل منهما .

الفصـــــل الأول

آثار البطلان في القانون الوضعي

تمهيـــد :

ان الآثار التي تترتب على البطلان نجدها مشتركة بين كل من البطلان المطلق والقابلية للابطال ، بالرغم من أن أسباب كل منهما تختلف عن الأخرى، لأن البطلان متى صدر حكم به يصبح باطلا من حيث آثاره أيا كانت الأسباب التي أدت الى الحكم به[1] وينبني على ذلك ، أنه متى صدر حكم من القضاء بالبطلان فان النتيجة التي تترتب عليه تتمثل في اعادة الطرفين الى الوضع الذي كانا عليه قبل اجراء التصرف الباطل أو القابل للابطال ، وقبل تنفيذه .[2]

على أن القول باعادة الأطراف الى الوضع الذي كانوا عليه قبل اجراء التصرف أو قبل تنفيذه ، واعتبار التصرف كأن لم يكن أمر بالغ الخطورة ، لذلك فان هذا الأمر قد استدعى البحث عما اذا كان بالامكان الابقاء على التصرف القانوني عن طريق تعديل بعض بنوده ، كما هو الأمر بالنسبة الى الاتفاقات التي تخالف النظام العام الاقتصادي ، فمثلا اذا نشأت اتفاقات ولكنها اعتبرت باطلة لمخالفتها قواعد آمرة فيمكن – في نظر بعض الفقه – الابقاء عليها عن طريق احلال القواعد القانونية

---

(1) بونسار (PONSARD) وبلونديل (BLONDEL)/مقالهما تحت عنوان "البطلان NULLITE " منشور في مجموعة القانون المدني ، REPERTOIRE DE DROIT CIVIL بند 148 .

(2) بلانيول وريبير/المطول ،ج 6 ،المرجع السابق ،بند 320 ،وفي هذا المعنى نقض مدني فرنسي 14/03/1939 ، منشور بمجموعة ج ،ب G.P ،لسنة 1939،ج 1 ، ص 763 ،والدكتور أنور سلطان/النظرية العامة للالتزام ،ج 1 ،طبعة 1966 ،ص 269 .

التي استبعدها الأطراف محل البنود المخالفة لهذه القواعد ، وبهذا التعديل يصير التصرف صحيحا [1] ويرتب آثاره بأثر رجعي .

غير أن هذا التحليل لم يلق تأييد القضاء الفرنسي ، اذ أنه ارتأى أن الجزاء الواجب التطبيق بصدد هذا النوع من الاتفاقات هو البطلان المطلق ليس الا [2].

هذا ، و تحليل آثار البطلان ، يستوجب منا التعرض لهذه الآثار فيما بين الأطراف في مبحث أول ، ثم بالنسبة الى الغير في مبحث ثان .

المبحث الأول

آثار البطلان فيما بين أطراف التصرف

المطلب الأول

الآثار الأصلية للبطلان

أولا : الأثر الرجعي للبطلان : ان بطلان تصرف ما متى تقرر بحكم فان النتيجة التي تترتب عليه تتمثل في أن هذا التصرف يصير غير قادر على أن يرتب أى أثر قانوني مستقبلا بل ان أثر البطلان لا يمتد الى المستقبل فحسب، و انما ينصرف الى الماضي أيضا بحيث يعود الطرفان الى الوضع الذى كانا عليه قبل اجراء التصرف أو قبل تنفيذه ، ان حصل تنفيذ ما . غير أنه اذا كان أثر البطلان لا يحدث اشكالا في المستقبل فان أثره في الماضي على عكس ذلك اذ أنه يثير عدة مسائل قانونية معقدة .

و الجدير بالملاحظة أنه اذا تقرر بطلان تصرف ما قبل تنفيذه أو البدء في تنفيذه ، فانه لا حاجة لاثارة مسألة الاسترداد ، اذ المفروض أن أيا من الطرفين

---

(1) جورج ريبير/النظام الاقتصادى وحرية التعاقد ، بند 3 ، منشور بمجموعة الدراسات المقدمة للفقيه جيني ، ج 2 ، ص 352 ،

Georges RIPERT, l'ordre économique et la liberté contractuelle, Etudes Gény, tome 2, P. 352.

(2) نقض غرفة العرائض: 09/12/1946 ، منشور ب.ج.س.ب لسنة 1947 ، ج 4 ، بند 18 ، وبالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1947 ، ص 199 مع ملاحظات الأستاذ كاربونييه Carbonnier .

لم يقدم بعد الى الآخر شيئا ، غير أنه اذا تم تنفيذ التصرف أو البدء في تنفيذه ، فان الأمر على خلاف ذلك لأن البطلان يستدعي ازالة ما تم تنفيذه ، وذلك باعادة كل من الطرفين الى الوضع الذى كان عليه قبل اجراء التصرف، وهو ما يسمى اصطلاحا بالأثر الرجعي للبطلان (EFFET RETROACTIF DE LA NULLITE) على أن فكرة الأثر الرجعي تعرضت لا نتقادات كثيرة أهمها أن فكرة الرجعية لا يمكن أن نتصورها الا في ظل النظرية التقليدية التي تعتبر البطلان مرتبطا بالتصرف نفسه ، كما أنها خطيرة من حيث الآثار العملية المترتبة عليها اذ انها تتجاهل عامل الزمن ، فبارجاعها الآثار الى ما قبل مرحلة انشاء التصرف تكون قد اهدرت المدة الزمنية التي وجد خلالها هذا التصرف ، ولو حصل ذلك باعتباره واقعة مادية فحسب فضلا عن ان الأخذ بمبدأ الرجعية على اطلاقه من شأنه المساس بحقوق الغير ، وبمبدأ استقرار الأوضاع والمراكز القانونية .

غير أن بعض الفقه أجاب على هذا الانتقاد معللا رأيه بأن مسألة الرجعية ليست خاصة بالبطلان بل انها قد تتقرر وفقا لارادة الأطراف أنفسهم ، وصورة ذلك أن يدرج الأطراف شرطا فاسخا في عقد بيع أبرم بينهما ، فاذا تحقق هذا الشرط زال الالتزام بأثر رجعي ، واذن ، فاذا كنا نعتمد مبدأ الرجعية في مثل هذه الحالة ، فلم لا نعتمده في اطار البطلان أيضا ؟ أما فيما يتعلق بمساس فكرة الرجعية بمبدأ ضمان استمرار الأوضاع القانونية واستقرارها ، فان هذا النقد لم يعد له محل منذ أن تدخل القضاء والمشرعون في الكثير من الدول وضعوا قيودا على مبدأ الرجعية[1] للحد من غلواء الآثار التي تترتب على تطبيق هذا المبدأ تطبيقا صارما ، كنظرية البطلان الجزئي ، ووضع قواعد لحماية الغير حسن النية ، ومحاولة احلال فكرة تصحيح التصرف

---

(1) يراجع : ر . جامبي ميرلان / محاولة حول الرجعية في التصرفات القانونية ، المجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1948 ، ص 271 ، وجان دوبريز / الرجعية في التصرفات ، رسالة من جامعة رين لسنة 1953 ، R. JAMBU-MERLIN, Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques, revue trimestrielle de droit civil, 1948, P. 271; Jean DEPREZ, la rétroactivité dans les actes juridiques, thèse (dactylographiée), Rennes 1953.

محل بطلانه ، وهي قيود سنتعرض لها في حينها .

هذا ، وتقرير فكرة رجعية البطلان يؤدي الى نتيجتين هامتين :

أولاهما : ان كلا من طرفي التصرف يكون ملزما بأن يعيد الى الطرف الآخر ما أخذه منه ، وذلك في حالة ما اذا كان العقد قد تم تنفيذه قبل تقرير البطلان ، لأن تنفيذ العقد اذا كان قد ترتب عليه ابراء كل منهما من التزامه فان الحكم بالبطلان يلزمهما بالتزامات جديدة هي رد كل متعاقد ما تسلمه بموجب العقد الذى تقرر بطلانه ، فاذا كان التصرف عبارة عن عقد بيع فان المشترى يرد المبيع مع ثماره من وقت رفع الدعوى اذا كان حسن النية ، ويرد البائع الثمن مع الفوائد القانونية من نفس الوقت أيضا[1] اذا كان قانون القاضي يسمح بها كالتشريع المصرى (المادة 226 مدني مصرى) .

وثانيتهما : انه قد تتقرر مسئولية أحد طرفي التصرف مما يجيز للطرف المتضرر ان يطالبه بتعويض على أساس المسئولية التقصيرية[2] .

ثانيا : الاسترداد كأثر للبطلان :

1) المبدأ العام : ان النتيجة الحتمية التي تترتب على البطلان ، هي ان التصرف الباطل يصبح كأن لم يكن ، وبذلك فان التزام كل من طرفيه يصبح بدون سبب ، وبناء على ذلك ، فان كل متصرف يلزم بأن يرد الى الآخر ما أخذه منه بسبب هذا التصرف الباطل[3] فاذا استحال الرد ، كما اذا كان المبيع قد هلك في يد المشترى بخطأ منه طبق القاضي قواعد المسئولية التقصيرية[4] أو اذا كان العقد الذى لحقه البطلان عقد عمل وكان العمل قد تم فعلا من قبل العامل ، أولأن العقد من عقود المدة كعقد الايجار وكان المستأجر قد انتفع بالعين المؤجرة قبل تقرير البطلان ، ففي هذين الفرضين يجب الحكم على كل من رب العمل

(1) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، ص269 ، والدكتور محمد كامل مرسي / المرجع السابق ، ج 1 ، ص522 .
(2) الدكتور أنور سلطان / المرجع والموضع السابقان .
(3) بلانيول وريبير / المطول العملي ، ج 6 ، المرجع السابق ، بند 321 ، وأوبري ورو / القانون المدني الفرنسي ، ج 4 ، بند 336 .
(4) الدكتور مرسي / المرجع السابق ، ص 522 .

والمستأجر بتعويض العامل عن العمل الذي أنهاه ، وتعويض المؤجر عن المنفعة التي حصل عليها المستأجر ، وفي تقدير التعويض يستحسن الا يختلف عن المقدار المحدد في العقد .

هذا ، ولا يلجأ القاضي الى الحكم بالتعويض الا اذا كان الرد مستحيلا ، فاذا كان ممكنا فلا يجوز العدول عنه الى غيره . فان تعذر على أحد الطرفين رد الشيء المعين بالذات الذي سلم اليه بمقتضى التصرف الباطل ، فانه يرفض سماع دعوى الابطال الذي تقدم به.[1]

- تحديد طريقة الاسترداد بنص قانوني وقيمته :

حالة تعذر الاسترداد :

مسألة الاسترداد تطرح مشاكل عملية كثيرة[2] ، ذلك أن استرداد كل مادفع بكامله يكون صعب التحقيق ان لم تلحقه استحالة مطلقة في بعض الأحيان ، لأن البطلان كثيرا مايتقرر بعد مرور فترة زمنية طويلة من انشاء التصرف ، ولذلك فان المشرع كثيرا ما يتدخل لتحديد كيفية الاسترداد في مثل هذا الفرض ، ومن قبيل ذلك ما نص عليه المشرع من الحالات نذكر من بينها مايلي :

أ) **استرداد الثمار :**

نص المشرع في المادة 837/ 1 مدني على أن " يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية" .

ان هذا النص يواجه - بدون شك - الحالة التي يتعلق فيها الأمر بدعوى الاستحقاق (action en revendication) أي تلك الدعوى التي يرفعها مالك العقار على الحائز لهذا العقار مثلا ، ويطالبه بأن يعيد اليه العقار والثمار

---

(1) نقض مدني فرنسي 1928/12/17 منشور بدالوز الدوري لسنة 1929 ، ص52، ومحكمة الاستئناف بدوي قرار: 1949/05/30 ، المنشور بدالوز لسنة 1949 ، ص 592 ، مع تعليق الأستاذ : ح . ل .
Cass. Civ. 17 Déc. 1928; D.H 1929. 52; Douai 30 Mai 1949; D. 1949. 592; note H.L.

(2) ستارك / القانون المدني ، الالتزامات ، باريس 1972 ، بند 1669 وبند 1678 وما بعده .
STARCK, droit civil ; Les obligations, Paris 1972.

معا ، فيستطيع حائز العقار اذا كان حسن النية أن يتمسك بتملكه الثمار ولا يعيدها الى المالك ، ويستجيب القضاء الى طلبه .

وفي نظرنا لا يوجد ما يمنع من تطبيق هذا الحكم على حالة ما اذا تلقى الحائز من المالك ملكية العين بعقد باطل أو عقد قابل للابطال ، فاذا ما اتضح بطلان العقد أو ابطل هذا العقد بحكم ، فان النتيجة الحتمية التي تترتب عليه هو أن يستعيد المالك العين من حائزها ، واذا ما أثيرت مسألة الثماره فقياسا على دعوى الاستحقاق نرى أن حائز العقار بعقد باطل أو بعقد قابل للابطال يتملك الثمار من تاريخ حيازته للعين المبيعة الى يوم اعادتها لمالكها مادام حسن النية ، أى غير عالم بالعيب الذى شاب التصرف والذى أدى الى بطلانه أو الحكم بابطاله.

على أنه اذا كان حسن النية لدى أحد أطراف التصرف يعتبر حائلا دون الزامه بأن يعيد الى الطرف الآخر الثمار التي تلقاها من تاريخ اجراء التصرف الى حين تقرير بطلانه أو الحكم بابطاله أو بأن يعيد قيمتها ، فان سوء النية يترتب عليه عكس ذلك إذ أنه يؤدى الى نتيجة عكسية ، أى في حالة ما اذا كان المتصرف اليه عالما بأن التصرف الذى أدى الى انتقال الملكية اليه غير صحيح فان المتصرف اليه يصير ملزما باعادة الشيء موضوع التصرف والثمار المتولدة عنه ، (المادة 838 مدني) فان استحال عليه ردا الثمار كأن يكون قد استهلكها مثلا فانه يكون ملزما برد قيمتها وقت الاسترداد . (1) ولكن يجوز له أن يطالب المالك باسترداد ما أنفقه في انتاجها .

ب) المنشآت والغراس :

قد يشترى شخص عقارا فيشيد فوقه بناء أو يقيم فيه غراسا ، فاذا ما لحقه البطلان أو تقرر ابطاله ، فحينئذ يثار تساؤل يتعلق ببيان ما اذا كان من حق من قام بعملية البناء أو الغراس الحصول على تعويض أو لا ؟

---

(1) وهو الحكم الذى اعتمده المشرع الفرنسي بالقانون رقم : 60-64 المؤرخ 7 / 05 / 1960 والمعدل لأحكام المادة 549 مدني ، أما في القانون المدني الجزائرى ، فان المشرع لم ينص على مثل هذا الحكم . غير أننا نرى ضرورة اعتماده حتى في اطار القانون الجزائرى وان كان هذا الحكم قد يضر بالحائز ، خاصة اذا ما لوحظ أن الاثمان في ارتفاع مستمر ، ولكن هذا الحائز نظرا لسوء نيته لا يستحق أية حماية .

بالرغم من سكوت المشرع عن حكم هذه الحالة ،فاننا نرى ضرورة تطبيق حكم المادتين 784 و 785 من القانون المدني[1] المتعلقتين بالتصاق منقول بعقار ، ومن استقراء هذه المواد يمكن التفرقة بين وضعين :

الوضع الأول : يفترض فيه أن يكون الباني أو القائم بالفراس ،وا ضعا يده على أرض بموجب عقد باطل ، وفي هذا الافتراض فان الباني لا يخلو من أن يكون حسن النية أو سيئها .

- فاذا كان الباني أو القائم بالفراس أثناء قيامه بالبناء أو بالفراس يعلم أن عقده باطل ، وأنه لا يمكنه أن يتملك هذه الأرض بموجب العقد الباطل فانه يكون سيء النية،مع الأخذ بعين الاعتبار بأن سوء النية مسألة واقع يرجع في تقديرها الى قاضي الموضوع[2] ، وفي هذا الفرض يكون من حق مالك الأرض الذي استعاد أرضه أن يطالب الباني أو الفارس بازالة البناء أو الفراس على نفقة هذا الأخير ، وله الحق أيضا في أن يختار استبقاءهما ليتملكهما بالالتصاق ، ولكنه يلزم بأن يدفع الى الباني أو الفارس مقابل تملكه للبناء أو الفراس قيمة البناء أو الفراس مستحقي الازالة ،أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت المستحدثة بها (المادة 784/1 مدني) .

- أما اذا كان الباني لا يعلم ببطلان العقد ، وكان يعتقد أنه أقام البناء فوق أرض مملوكة له ، فانه يكون حسن النية ، وفي هذا الفرض يكون له الخيار بين أن يطلب ازالة المنشآت أو يطلب التعويض ، فاذا هو اختار الإزالة فليس لصاحب الأرض أن يجبره على ابقائها[3] ، واذا اختار ابقاءها فلا يلزم مالك الأرض بازالتها ، بل يلزم بتملك البناء بالالتصاق على أن يدفع الى الباني أدنى القيمتين : قيمة المواد مع أجرة العمل، أو قيمة مازاد في ثمن الأرض (المادة 785/1 مدني) على أن الباني أو الفارس اذا كان من حقه أن يطلب نزع المنشآت أو الفراس فان ذلك مقرر بشرط ألا يلحق ضررا بالأرض بسبب نزعه لتلك المنشآت أو الفراس .

---

(1) وتقابلهما المادتان 924 و 925 مدني مصري ، والمادتان 928 و 929 مدني ليبي .
(2) الدكتور علي علي سليمان / شرح القانون المدني الليبي ، الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، منشورات جامعة بنغازي ، الطبعة الأولى 1976 ، ص 188 .
(3) الدكتور علي علي سليمان / المرجع السابق ، ص 191 .

هذا ، ويجوز لمالك الأرض أن يتنازل عن ملكيته لمن أقام المنشآت مقابل تعويض عادل اذا كانت تلك المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية بحيث أصبح دفع قيمتها مرهقا لصاحب الأرض (المادة 785/2).

<u>الوضع الثاني</u> : اذا كان الباني قد اشترى الأرض بعقد قابل للابطال ، وقام بعملية البناء أو الغراس ، ثم صدر حكم بابطال العقد ، وترتب عليه تطبيق فكرة الرجعية للابطال فان الباني يعتبر غير مالك اطلاقا لهذه الأرض ، ومن ثم فانه يكون قد بنى على ملك الغير ، فاذا ما أثيرت قيمة البناء أو الغراس فيتعين التفرقة بين ما اذا كان الباني قد بنى وهو عالم بعيوب العقد من عدمه ، فاذا كان قد قام بعملية البناء وهو يعلم بعيوب العقد ، فانه يعتبر سيئ النية ، ولذلك فيسري بشأنه حكم المادة 784 مدني ، أما اذا لم يكن عالما بعيوب العقد بان كان يعتقد أن الأرض ملك له ، ومن ثم فله حق البناء عليها ، فانه يفترض فيه أن بناءه أقيم بحسن نية ، ومن ثم تطبق عليه أحكام المادة 785 مدني (1).

ج) <u>حكم المصاريف</u>:

وتثار مسألة المصاريف في حالة ما اذا تقرر بطلان أو ابطال تصرف ما ، وأدى ذلك الى اعادة الشيء موضوع التصرف الى صاحبه الأصلي ، فلو أن الحائز بمقتضى السند الباطل كان قد تحمل مصاريف ، فما حكم هذه المصاريف ؟ فهل يلزم مسترد الشيء بأن يدفعها الى الحائز ، أو تعتبر ذمته بريئة من هذا الالتزام ؟

بالرجوع الى أحكام القانون المدني يتضح أن المالك اذا استرد ماله من الحائز فانه يكون ملزما بان يرد الى هذا الأخير ما تحمله من مصروفات ، غير أن نطاق الاسترداد يختلف باختلاف طبيعة هذه المصروفات من حيث كونها ضرورية أو نافعة أو كمالية .

فاذا كانت هذه المصروفات ضرورية أي مصروفات غير عادية يتعين انفاقها للمحافظة على الشيء كنفقات الترميم للحفاظ على البناء من الانهيار ، فان المالك يكون ملزما بان يعيد الى الحائز هذه المصاريف سواء كان هذا الحائز حسن النية أو سيئها لأن المالك نفسه كان سيضطر الى دفعها لو أن الشيء كان في

---

(1) الدكتور السنهوري / الوسيط ، أسباب كسب الملكية ، الجزء 9 ، بند 107، ص ص 296 - 297 .

حيازته ، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 839 / 1 مدني بقولها "على المالك الذي يرد اليه ملكه أن يدفع الى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية" .

أما اذا كانت تلك المصروفات نافعة ، وهي مصروفات ينفقها الحائز ليس للمحافظة على الشيء أو لانقاذه من الهلاك ، بل لتحسينه وزيادة قيمته والاكثار من طرق الانتفاع به ، كادخال الكهرباء أو المياه الجارية في العقار ، فهذه المصروفات تعتبر نافعة لأن المالك لم يكن ملزما بالقيام بها لو بقيت الأرض في ملكه ، غير أنها مصروفات من شأنها الزيادة في قيمة العين وتحسين الانتفاع بها .

واذن ، فبالنسبة الى حكم هذه المصروفات نجد مشرعنا قد أحال بموجب المادة 839/2 مدني على أحكام المادتين 784 و 785 من القانون المدني.(1)

ويترتب على تطبيق أحكام المادتين 784 و 785 أنه اذا كان الحائز حسن النية ، وأنفق مصروفات نافعة فان المالك يلزم برد أقل القيمتين : ما أنفقه الحائز فعلا ، أو مبلغا يساوي قيمة مازاد في ثمن العين بسبب المصروفات ، تطبيقا لقواعد الاثراء بلا سبب التي تلزم بدفع أقل القيمتين : قيمة الافتقار أو قيمة الاغتناء .

أما اذا كان الحائز سيء النية ، فيكون للمالك الحق في أن يطالبه بازالة التحسينات التي أحدثها ، أو أن يقرر استبقاءها ، على أنه اذا طلب الازالة فيتعين عليه التقدم بهذا الطلب خلال سنة من يوم علمه باجرائها ، مع ملاحظة أن الازالة تكون على نفقة الحائز ويلتزم أيضا بالتعويض ان كان له محل ، أما اذا رأى المالك استبقاءها فانه يلزم بأن يدفع الى الحائز أقل القيمتين : قيمة التحسينات المستحدثة ، أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة العين بسبب التحسينات .

وأما اذا كانت المصروفات كمالية ، وهي مصروفات لا تعود بنفع كبير على العين ، وانما أنفقها الحائز بقصد تزيين العين وتجميلها على الوجه الذي يتفيه لاستعمال الشخصي كتوسيع حديقة المنزل ، أو وضع فوارة بها ، أو التفنن في انارة ممرات الحديقة ، وصهريج السباحة وما الى ذلك ، فانه " ليس للحائز أن يطالب بشيء منها (وان كان)يجوز له أن يزيل ما أحدثه

---

(1) يراجع ما سبق صفحة 344 من هذه الرسالة.

من المنشآت بشرط أن يرد الشيء (ألى) حالته الأولى الا اذا أختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها انقاضا ، أو مستحقة الازالة " (المادة 839/3 مدنـي).

واذا كان المشرع قد يتدخل أحيانا ليبين كيفية الاسترداد ، وطريقة تحديده ، مثل ما فصل في الصور السابقة فما هو الحكم لو سكت عن ذلك ؟

ان المقرر في هذا الصدد هو أن من استحال عليه الرد يلزم بأن يدفع الـى الطرف الآخـر تعويضا عادلا (المادة 103/1 مدني جزائري) مع ملاحظة أن هـذا التعويض لا يسوء سس على العقد الباطل لأن هذا الأخير يصبح واقعة ماديـة ، وترتيبا على ذلك ، فاذا هلك الشيء المبيع مثلاً في عقد بيع باطل وهو في يـد المشترى بخطأ منه ، فالمشترى يصبح ملزما برد قيمة المبيع وقت الهـلاك طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية ، كما أن البائع يكون ملزما برد الثمن استنادا الى أحكـام دفـع غيـر المستحـق (1).

هذا ، اذا كان التصرف من التصرفات الفوريـة ، أما اذا كان التصرف دوريا كعقـد ايجار مثلا ، فان البطلان لا يكون من شأنـه ازالة الانتفاع الذى حصل عليه المستأجر ، ولذلك فان هذا الأخير يكون مـلزما بدفع قيمة ايجاره ، كما أن بطلان عقـد عمل يرتب في ذمة رب العمل التزاما بدفع مقابل للعامل عن العمل الذى أنجـزه ، على أن هذا المقابل لا يكون مساويا للمبلغ الذى سبق تعيينه في العقد الباطل بـل يتعين تقديره طبقا للخدمات المقدمة من طرف العامل (2) وتأكيدا لهذا المعـنى قررت محكمة النقض الفرنسية أن العقد الباطل لا يمكن أن ينتج أى أثـر ، واذا تم تنفيذه ، تعيّن اعـادة الطرفين الى الحالة التي كـانا عليها قبل التعاقد ، غـير أنـه اذا إستحال على الطرفين ان يرد كل منهما ما تلقاه من الآخـر نظرا لطبيعـة الالتزامات ، فانه يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار قيمة الأداءات التي قدمهـا كل منهما والفائدة التي حصل عليها الآخر من جـراء ذلك (3).

---

(1) الدكتور السنهورى / الوسيط ، ج 1 ، بند 337 ، ص ص 588 - 589 ، والدكتور محمد كامل مرسي / المرجع السابق ، ص 522.

(2) السـنهورى / الوسيط ، ج 1 ، بند 338 ، ص 589 ، ومازو / المرجع السابق ، بند 332 ، ص 273 ، ومارتي ورينو / المرجع السابق ، بند 213 مكرر ، ص ص 193 - 194 ، وهما يريان بخصوص تقدير الخدمة المقدمة الا ستعـانـة بالعقد الباطل لتحديد قيمة التعويض عنها .

(3) نقض مدني 08/04/1957 منشور في ج . م . G.P. 1957 ، ج 1 ، ص 143 مع تعليق مازو .

ويرد على هذا المبدأ قيدان نتعرض لهما بشيء من التحليل .

2 - القيدان الواردان على المبدأ العام :

اذا كان المبدأ العام يقتضي اعادة الطرفين الى الوضع الذى كانا عليه قبل تنفيذ التصرف الباطل أو الذى حكم بابطاله ، أو متى بدىء في تنفيذه ، ومن ثم يصبح كل طرف ملزما بأن يعيد الى الطرف الآخر ما تلقاه منه ، فانه يرد على هذا المبدأ قيدان : يتعلق أولهما بناقص الأهلية ويختص ثانيهما بمخالفة الالتزام للآداب العامة التي تقرر أنه " لا يجوز للآثم أن يستفيد من أثمه" وفيمايلي تحليل كل منهما :

- القيد الأول: المتعلق بناقص الأهلية :

اذا كانت القاعدة العامة هي أن للبطلان أثرا رجعيا ، فانه يرد على هذه القاعدة قيد أول يتعلق بحماية ناقص الأهلية اذ أفرد له المشرع حكما خاصا يتضح مما نصت عليه المادة 103/2 بقولها " ... لا يلزم ناقص الأهلية اذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ماعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد " . ومفاد هذا النص أنه اذا أبطل عقد بيع بسبب نقص أهلية البائع مثلا التزم هذا الأخير برد ما عاد عليه من منفعة فقط من الثمن الذى تلقاه ، وترتيبا على ذلك ، فاذا باع القاصر عينا مملوكة له ، وصرف جزءاً من الثمن الذى قبضه في مجال اللهو والقمار ، وأنفق الجزء الآخر فيما عاد عليه بالنفع كما اذا اشترى به عقارا آخر مثلا أو أنفقه في مواصلة الدراسة والبحث العلمي ، ثم أبطل عقد البيع الذى أبرمه بسبب نقص أهليته فان المشترى (كامل الأهلية) يكون ملزما برد المبيع كله ، أما البائع (ناقص الأهلية) فلا يلزم برد الثمن كاملا الى المشترى وانما يعيد ما عاد عليه بالمنفعة فقط دون الجزء الذى أنفقه في مجال اللهو والطرف . والسبب الذى حدا بالمشرع الى اقرار هذه القاعدة يكمن في حماية القاصر لأن القول بغير ذلك يؤدى الى تعجيز القاصر عن طلب الابطال ، وهذا من شأنه أن يجعل الحماية المقررة له قانونا مجرد حماية صورية (1) وفي حالة الرد ، فرد القاصر يقتصر على أقل القيمتين : قيمة ما أخذ ، أو قيمة المنفعة التي عادت عليه (2) ، لأن

---

(1) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 228 ، ص 271 .

(2) الدكتور محمد كامل مرسي / المرجع السابق ، ص 523 .

القول بوجوب رد الثمن كله فيه اجحاف بمصلحة ناقص الأهلية.

كما أن المشرع قد هدف من وراء هذا الحكم أيضا الى منع الغير من اللجوء الى التعاقد مع القصر بقصد الإضرار بمصالحهم (1)، خاصة وانه ثبت من الناحية العملية أن ناقصي الأهلية غالبا ما يجرون تصرفات غير قانونية للحصول على المال اللازم لانفاقه في مسائل لا تجديهم نفعا، وتتحقق مصلحة ناقص الأهلية طالما انه استعمل المال أو الشيء الذى حصل عليه بمقتضى العقد الذي تقرر ابطاله فيما عاد عليه بفائدة حتى لو هلك الشيء أو نقصت قيمته بعد شرائه (2) وعلى من يدعي أن فائدة عادت على ناقص الأهلية أن يقوم باثبات ذلك حسب القواعد العامة في الاثبات (3) ويجب الاعتداد بحالة ما اذا كان التصرف قد عاد عليه بالمنفعة أولا بتاريخ رفع دعوى الابطال وليس بتاريخ ابرام التصرف (4).

هذا، والحكم الذى أوردته المادة 103/2 المتعلقة بالزام ناقص الأهلية باعادة ما عاد عليه بالمنفعة فقط بسبب تنفيذ العقد الذي تقرر ابطاله يعتبر تطبيقا لقاعدة عامة ورد النص عليها في مجال دفع غير المستحق في المادة 148 مدني جزائري التي جرى نصها على النسق التالي " اذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملزما الا بالقدر الذى أثرى به". والحكم الذي أوردته هذه المادة حكم عام، ولذلك يسرى على القاصر بقطع النظر عن كونه حسن النية أو سيئها (5).

وفي هذا الاطار نشير الى ان حق طلب الابطال لنقص الأهلية خاص بالقاصر وحده، أما الطرف الاخر الذى أجرى التصرف معه فليس له الاستفادة من هذا الحكم الا اذا كان هو بدوره قاصرا، كما أن هذا الحكم هو الواجب التطبيق بالنسبة الى الطرف المتضامن مع ناقص الأهلية، أو بالنسبة الى كفيله.

---

(1) مازو / المرجع السابق، بند 333، ص 273، وبلانيول وريبير واسمان / المرجع السابق، بند 323، ص 409.

(2) الدكتور محمود جمال الدين زكي / المرجع السابق، بند 135، ص 135، ص 264.

(3) بودرى لاكانتري / المطول النظرى والعملي للقانون المدني، الالتزامات، ج 3، بمساعدة بارد و أوبرى ورو / ج 4، بند 336، هامش (5).

(4) أوبرى ورو / ج 4، بند 336 الهامش رقم (6) ورقم (8).

(5) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق، بند 228، ص 272.

ففيما يخص الطرف المتضامن معه فانه لا يستفيد من الحق المخول لناقص الأهلية ليطالب بابطال التصرف على هذا الأساس طالما أن الالتزام قابل للانقسام، أما اذا كان الالتزام غير قابل للانقسام فان التزام المتضامن يصبح مرتبطا بالتزام ناقص الأهلية، ومن ثم يصبح بدوره قابلا للابطال.(1) كما أن كفيل ناقص الأهلية غير المتضامن معه لا يمكنه أن يستند الى هذا الحق اذا كان عالما بنقص أهلية المكفول (المادة 654/2 مدني).

القيد الثاني: مخالفة الالتزام للآداب: وهذا القيد خاص بتطبيق القاعدة الشهيرة التي تقرر أنه "لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه".(2)

"NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS"

أ) مضمون هذا القيد: اذا كان الأصل أن البطلان يؤدي الى اعادة طرفي التصرف الى الوضع الذي كانا عليه قبل انشاء التصرف ومن ثم الى الزام كل من الطرفين بأن يعيد الى الآخر ما أخذه منه ان حصل تنفيذ لهذا التصرف أو بدىء في تنفيذه، فالى جانب القيد السابق المتعلق بناقص الأهلية، يوجد قيد ثان يرد على الأصل العام ويتعلق بالطرف الملوث الذي لا يجوز له ان يسترد ما دفعه اعمالا للمبدأ المستقر عليه من أنه " لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه".

---

(1) أوبرى ورو / المرجع السابق، ج 4، بند 335 والهامش رقم (15)، وكوتيرييه / مقاله في العقود والالتزامات، المنشور بمجموعة التوثيق، المرجع السابق، المجموعة في 128 - 130، بند 21.

(2) يراجع في معطيات هذه النظرية: لو. رنو / قاعدة " لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه " رسالة من جامعة باريس 1969، وسافي - سيزار / رفض الدعوى بسبب شناعة السلوك، رسالة من جامعة ليون 1930، وسايجي / العقد الأخلاقي، رسالة من جامعة باريس 1930، وفليب مالوري / العقود المخالفة للنظام العام، رسالة من جامعة باريس 1951

LE TOURNEAU, la règle NEMO AUDITUR..., thèse Paris 1969; SAVEY-CESARD, le refus d'action pour cause d'indignité, thèse Lyon 1930; SAIGET, le contrat immoral, thèse Paris 1930; Philippe MALAURIE, les contrats contraires à l'ordre public, thèse Paris 1951.

وبناء على ذلك ، فلو رفع أحد طرفي التصرف دعوى بطلان وطالب بالاسترداد استنادا الى تلوثه ،فدعوى الاسترداد تكون مرفوضة ،أما الطرف الآخر غير الملوث ليس هناك ما يمنعه من أن يتمتع بالآثار المقررة للبطلان ،ومن حقه الامتناع عن تنفيذ التصرف ، واسترداد ما دفعه الى الطرف الملوث .

ب) مصدر هذا القيد ومدى اعتماده من طرف القضاء والتشريع المقارن : لو بحثنا عن أساس هذا القيد لوجدنا مصدره في القانون الروماني ، الذى كان يلحق به مبدأ آخر يمتهر في حقيقته أثرا مترتبا عليه ، ومؤداه " أنه في حالة التلوث يزول حق الاسترداد " (IN PARI CAUSA , TURPITUDINIS CESSAT REPETITIO)

وقد كان لهذا المبدأ أثره في الفقه الفرنسي القديم ، ثم في القضاء الفرنسي الذى أخذ به في الكثير من القضايا المعروضة عليه وطبقه في البداية على كل التصرفات ولكنه سرعان ما عدل عنه وقصره على العقود المخالفة للآداب العامة (أى في نطاق العلاقات الجنسية).

وقد كان لهذه القاعدة تأثير في القضاء المصرى اذ اعتمدها في كثير من أحكامه(2) ولم يخرج عنها الا في القليل النادر من الحالات ، فضلا عن أن بعض التشريعات الحديثة قد قننت هذه القاعدة كالقانون المدني الألماني (المادة 817) وتقنين الالتزامات السويسرى (المادة 66) والمشروع الفرنسي ـ الايطالي (المادة 27 / 2) والمغربي (الفصل 72).(3)

---

(1) بيرو/الدفع بعدم الاستفادة من الاثم في القضاء المعاصر ،منشور في ج . س . ب لسنة 1952 ،ج 1 ، بند 1029 .
BEREAUL , l'exception d'indignité dans la jurisprudence récente, JCP , 1952.I.1029.

ومارتي وربنو / الالتزامات ، بند 213 ، ص 192.

(2) على أساس أن دور القضاء لم يوجد لسماع الفحش ولمساعدة مرتكبه ، بل ان الحكم بعدم الاسترداد هو جزاء له على فحشه . يراجع : مؤلف الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ،بند 229 ، ص 272 .

(3) يجرى نص الفصل 72 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الصادر بتاريخ 1913/08/12 على النسق الآتي : " يجوز استرداد ما دفع لسبب مخالف للقانون ، أو للنظام العام ، أو للأخلاق الحميدة ".

أما القانون المدني الجزائري ، فقد جاء خلوا — شأنه في ذلك شأن القانون المدني المصري (1) — من نص مقنن لهذه القاعدة ولعل السبب في ذلك هو الانتقادات التي تعرضت لها هذه القاعدة ، اذ عيب عليها أنها تنافي المنطق ولا تستجيب لمقتضيات العمل . فأما أنها تنافي المنطق، فذلك لأن الاسترداد يجب أن يكون جائزا في كل الأحوال اعمالا لمنطق البطلان الذي يقتضي زوال التصرف بأثر رجعي ، وأما كونها لا تتماشى مع مقتضيات العمل فلأن الاسترداد يجب ألا يقتصر على حالة دون أخرى ، بل يتعين أن يشمل كل حالات البطلان لأن القول بغير ذلك يؤدي الى نتائج خطيرة كابقاء الموظف على ما قدم اليه من رشوة ، و المأجور لارتكاب جريمة على ما تلقاه مقابل ارتكابه لهذه الجريمة (2) ويؤدي بالتهمية الى اثراء الطرف غير الملوث على حساب الطرف الآخر (أي الملوث).

وفضلا عن ذلك ، فان القواعد العامة كفيلة بمعالجة المسائل التي طبقت بشأنها القاعدة الرومانية ، فلو أريد مثلا حرمان الخليل من استرجاع المبالغ التي دفعها الى خليلته ، فانه لاحاجة لتأسيس ذلك على القاعدة الرومانية ، بل نكتفي بتطبيق القواعد العامة في التعويض والتي تقرر اعطاء الحق لمن مست في سمعتها وكرامتها ، استبقاء المال الذي دفع اليها (3).

غير أن سكوت المشرع الجزائري عن تقنين القاعدة الرومانية وعدم النص عليها صراحة في القانون المدني لا يمنع القضاء من تطبيقها مستقبلا ، اذ أن هذه القاعدة بالرغم من الانتقادات الموجهة اليها لازالت مطبقة في الكثير من الأنظمة القانونية ، ولذلك فانه استجابة لمعطيات التحليل القانوني نتعرض لأساس هذه القاعدة ، وبيان مجال تطبيقها .

---

(1) هذا ، والمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان يحتوي على فقرة ثالثة من المادة 201 نص فيها على انه " لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب ان يسترد مادفعه الا اذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب " غير أن لجنة المراجعة قررت حذفها على أساس أنها لا تتمشى مع منطق البطلان واقتصر المشروع النهائي على الفقرتين في المادة 146 ، (تراجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 2 ، ص ص 257 — 258).

(2) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، بند 338 ، ص 592 .

(3) الدكتور السنهوري / المرجع والموضع السابقان .

جـ) أساس تطبيق قاعدة " لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه "

لقد كان تطبيق هذه القاعدة مصدرَ جدل فقهي كبير ، فقد ارتأى بعض الفقه أن اعتماد هذه القاعدة يهدف أساسا الى تحقيق مبدأ " كرامة القضاء" الذى يمنع القضاء من الفصل في المسائل غير الأخلاقية .

غير أن هذا الرأى لم يصمد أمام الانتقادات الموجهة اليه ، ذلك أن الواقع العملي يثبت أن القضاة يفصلون يوميا في مسائل غير أخلاقية كالجرائم الماسة بالشرف مثلا ، ومع ذلك لم يقل أحد بأن كرامتهم أديست من جراء ذلك .

وفضلا عما سبق ، فانه لو رغب في ابعاد القضايا المدنية المنطوية على عنصر التلوث فانه لا يتعين الوقوف عند حد رفض طلب الاسترداد ، بل يتعين رفض دعوى البطلان أيضا (1) .

- وذهب فريق آخر الى أن قاعدة " لايجوز للآثم أن يستفيد من اثمه " ليست سوى تطبيق لفكرة النظام العام الذى يعتبر حسن الآداب أحد العناصر المكونة لها ، على أساس أن فكرة النظام العام مرنة ، وأن مرونتها تساعد على تفسير موقف القضاء الى حد بعيد سبب رفضه أو استجابته لمسألة طلب الاسترداد ، (2)

على أن بعض الفقه الآخر يرى أن الحلول القضائية المتعلقة بقاعدة " لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه " تجد تفسيرها في اعتبارات عملية ، ذلك أن القضاة يحاولون في كثير من الأحيان تطبيق الحل الأشد قسوة ، مراعين في ذلك الهدف المبتغى تحقيقه من وراء وضع القاعدة القانونية التي تم خرقها (3) . كما أن القضاة يراعون غالبا درجة تلوث كل من طرفي التصرف ، ويقررون تبعا لذلك الاسترداد للطرف الأقل تلوثا ، أما اذا كان طالب الاسترداد في نفس درجة تلوّث المدعى عليه في دعوى الاسترداد ، فان القضاء لا يحول بينه وبين الاسترداد الذى يطالب به (4) .

(1) كولان وكابيتان / المرجع السابق ، بند 792 .
(2) مارتي ورينو / المرجع السابق في الالتزامات ، ج 2 ، بند 213 ، ص 191 .
(3) يراجع : هيمار HEMARD في تعليقه على حكم صادر من محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة الجنائية بتاريخ : 5 جوان 1947 ، منشور في ج . س . ب JCP لسنة 1946 ، الجزء الثاني ، بند 2955 ، ومارتي ورينو / المرجع السابق ، بند 213 ، ص 191 .

على أنه أيا كان الأساس المعتمد لتفسير القاعدة الرومانية ،فان المقرر أن القضاة يتمتعون بصدد تطبيق هذه القاعدة بسلطة تقديرية واسعة أي أن الاستجابة لطلب الاسترداد من عدمه تبقى خاضعة لتقدير القاضي ، وهو أمر حسن ، اذ أن عدم وجود موقف موحد من طرف القضاء والتشريع ، وابقاء عنصر الشك الذي يحوم حول هذا الحق سيكون مدعاة لمنع الكثير من الأفراد من اجراء تصرفات غير أخلاقية ، لأنهم سيجدون أنفسهم غير متأكدين مسبقا من انهم سيتمتعون باسترداد ما قدموه من أداءات .

د) نطاق تطبيق قاعدة " لا يجوز للاثم ان يستفيد من اثمه " :

وفي تحديد نطاق تطبيق هذه القاعدة ، فان المعيار الفقهي المقترح - مع العلم بأنه ليس حاسما - والمستمد من الأحكام القضائية الفرنسية هو التمييز بين التصرفات غير المشروعة ، والتصرفات غير الأخلاقية ، وقصر الاستجابة لطلب الاسترداد بالنسبة الى النوع الأول من التصرفات دون النوع الثاني (1). وتطبيقا لهذا المعيار ، فان القضاء الفرنسي قد استقر على الاستجابة لطلب الاسترداد متى كان التصرف غير مشروع ، اى تم اجراؤه بالمخالفة لقاعدة قانونية ، وأما اذا كان التصرف غير أخلاقي ، فانه لا يمكن الاستجابة لطلب الاسترداد . وكمثال على ذلك نشير الى انه اذا كان القضاء الفرنسي قد أجاز الاسترداد في حالة ما اذا كان الثمن المصرح به أقل من الثمن الحقيقي بصدد بيع عقار أو محل تجاري (2) فان مثل هذا التصرف وان كان غير مشروع فانه ليس غير أخلاقي ، فنجده - على خلاف ذلك - قد رفض الاسترداد بشأن العقود المتعلقة ببيوت الدعارة سواء تعلق الأمر بايجارها (3)، أو ببيعها (4) أو بتقديم قرض بغية شرائها (5) ، لأن هذه التصرفات

---

(1) فلور واوبير / المرجع السابق ،بند 368 ،جورج ريبير / القاعدة الخلقية في الالتزامات ، بند 107 وما بعده ،بونيسار وبلونديل / المرجع السابق ،بند 171.

(2) نقض فرنسي ، 1 أوت 1941 ، منشور بسيريه لعام 1942 ،ج 1 ،ص 42 .

(3) على سبيل المثال نقض مدني فرنسي 1931/11/15 منشور في . . 1939 ،ج 1 ،ص 194.

(4) على سبيل المثال : محكمة استئناف ليون في 1936/11/02 منشور بمجموعة سيريه لسنة 1937 ،ص 96 .

(5) نقض غرفة العرائض ، 1 أبريل 1895 ،منشور بدالوز الدوري لسنة 1896 ،ج 1 ، ص 289 ،مع تعليق أبير Appert .

تعتبر باطلة على أساس أن محلها مخالف للنظام العام و الآداب، أو لأن الدافع الى اجرائها يتنافى مع الأخلاق الحميدة ، كما أن طلب الاسترداد يقابل بالرفض اذا ما كان الهدف منه اقامة علاقة جنسية غير مشروعة ، أو استمرارها ، أو ارشاء موظف عام ، أو اذا تعلق بقرض مخصص لتسيير دار للقمار.(1)

على أن هذا المعيار الذي اعتمده القضاء الفرنسي لتحديد نطاق تطبيق هذه القاعدة لا يمكن اعتماده كمعيار حاسم ، لأننا بالمقابل له نجد القضاء الفرنسي تبنى وجهة نظر مخالفة في حالات أخرى اذ استجاب فيها الى طلب الاسترداد على الرغم من أن العقد كان باطلا لمخالفته للآداب العامة (2) في حين أنه رفض طلب الاسترداد بصدد عقد غير مشروع لمخالفته لقاعدة قانونية.(3) على أن خروج القضاء الفرنسي أحيانا عن تطبيق المعيار الآنف الذكره يرجع الى رغبة القضاة في الحيلولة دون وضع معيار جامد يجعل الأفراد يتوقعون حكم القضاء ، وحتى لا يقدم هؤلاء على اجراء تصرفات وهم عالمون مسبقا بأنه سيكون من حقهم الاسترداد اذا ما تقرر بطلان التصرف الذي قاموا باجرائه.(4)

المطلب الثاني

الآثار المرضية للتصرف الباطل

من المقرر أن التصرف لا يرتب الالتزامات في ذمة طرفيه الا اذا كان صحيحا. غير أن هناك حالات يرتب فيه التصرف بعض الآثار بالرغم من كونه باطلا ، على أن هذه الآثار لا تترتب عليه بصفته تصرفا قانونيا ، بل باعتباره مجرد واقعة مادية ، وذلك سعيا الى الحيلولة دون تطبيق آثار البطلان بصفة صارمة و انقاذ بعض التصرفات من فكرة الرجعية التي تتقرر عادة للبطلان .

---

(1) تراجع في هذا الصدد : الأحكام القضائية المختلفة التي أوردها الأستاذ :كوتيريه في مقاله المنشور بمجموعة التوثيق ، المشار اليه سابقا ، رقم : 128 ، 130 ، بند 30 وما بعده .

(2) نقض غرفة العرائض ، 15/ 02/ 1877 منشور بدالوز الدوري 1877 ، ج 1 ، ص 250 و عرائض 06/ 01/ 1913 منشور بدالوز الدوري 1914 ، ج 1 ، ص 13 .

(3) محكمة استئناف بيزنسون 06/ 03/ 1895 ، منشور بدالوز الدوري 1895 ، ج 2 ، ص 223 ، و استئناف بواتي 08/ 02/ 1922 منشور بدالوز الدوري 1922 ، ج 2 ، ص 33 ، مع تعليق سافاتييه (SAVATIER) .

(4) يراجع ما سبق ص 353 من هذه الرسالة .

و الواقع هو أن الحالات التي يرتب فيها البطلان آثارا عرضية كثيرة و متنوعة ،غير أننا سنقتصر على دراسة ثلاث حالات لكثرة شيوعها في الحياة العملية و هي :المسؤولية المترتبة على التصرف الباطل ، وحكم ما اصطلح على تسميته في الفقه الوضعي "بالزواج الظني " ، ثم أحكام نظرية البطلان الجزئي ، و نتناولها تباعا فيما يلي :

أولا : المسؤولية المترتبة على بطلان التصرف :

اذا كان بطلان التصرف يطرح مشكلة الاسترداد -كما رأينا- ،فانه الى جانب ذلك يطرح مشكلة أخرى تتمثل في المسؤولية المترتبة على بطلان التصرف ، ذلك أن الطرف الذي يطلب الحكم ببطلان التصرف قد يلحق ضررا بالطرف الآخر و هو ضرر مؤكد يتمثل في فوات الفائدة التي كان يقصد جنيها من العملية القانونية التي صدر فيها حكم بالبطلان ، فهل يحق لهذا الطرف(1) أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء الحكم بالبطلان ؟ و اذا كانت الاجابة على هذا التساؤل بالايجاب ،فما هي الشروط المتطلبة لذلك؟ و ما هي الآثار التي تترتب على تلك المسؤولية ؟

م) أساس المسؤولية المترتبة على الحكم ببطلان التصرف :

لقد كان تحديد أساس المسؤولية المترتبة على الحكم ببطلان التصرف محل اهتمام الفقه و القضاء و المشرعين في مختلف دول العالم، غير أن أهم نظرية قيل بها في هذا الصدد في نطاق العقود هي نظرية الفقيه الألماني اهرنج المعروفة تحت اسم نظرية الخطأ عند تكوين العقد CULPA IN CONTRAHENDO فما هو مضمون هذه النظرية؟ و ما مدى تأثيرها على الفقه و القضاء و التشريع المقارن ؟

1) تحليل مضمون نظرية اهرنج في أساس المسؤولية المترتبة على بطلان التصرف:(2)

لقد انطلق الفقيه اهرنج في تكوين نظريته من الوضع القانوني الذي كانت

---

(1) يقصد بالطرف، "المدعى عليه" في دعوى البطلان .

(2) اهرنج /الخطأ في تكوين العقد أو التعويضات المستحقة في الاتفاقات الباطلة أو غير التامة ، مختارات،ترجمة دومولنايري،ج 2،من صفحة 1 الى ص 100، وفي تحليل هذه النظرية ، يراجع: سالي /في المسؤولية المترتبة على مرحلة ما قبل التعاقد ، مقال منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1907،ص 697،و روبييه / المسؤولية المترتبة في مرحلة تكوين العقد ، رسالته من جامعة ليون 1911 .
IHERING ;De la culpa in contrahendo ou des dommages- intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites,oeuvres choisies,traduction de Meulenaère,Tome 2,pp.1-100;Saleilles,de la responsabilité précontractuelle revue trimestrielle de droit civil,1907.697;Roubier,la responsabilité précontractuelle, thèse Lyon 1911.

تعيشه ألمانيا آنذاك. ذلك أن القانون الروماني الذي كان مطبقا بها لم يكن يسلم بالمبدأ القائل: "كل خطأ يرتب مسؤولية مدنية في ذمة مرتكبه"، ذلك أن الأعمال الضارة الموجبة للتعويض كانت محددة بنصوص خاصة معينة، وهذا ما حدا بالفقيه اهرنج الى أن يقرر أن الخطأ المرتكب أثناء تكوين العقد يعتبر خطأ عقديا موجبا للتعويض طبقا لقواعد المسؤولية العقدية مستهديا في ذلك ببعض نصوص القانون الروماني التي تسمح برجوع أحد المتعاقدين على الآخر بالتعويض بمقتضى دعوى العقد نفسها. وقد صاغ من ذلك قاعدة مفادها أن الخطأ عند تكوين العقد ينشيء التزاما باعتبار ما تم بين المتعاقدين عقدا، ويترتب عليه تعويض باعتباره عقدا.

ولم يقصر اهرنج هذه القاعدة على الحالات التطبيقية الواردة في القانون الروماني، بل توسع فيها وصاغ منها مبدأ عاما خلاصته "ان كل متعاقد تسبب ولو بحسن نية - في ايجاد مظهر تعاقدي اطمأن اليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر، يلزم بمقتضى العقد الباطل ذاته بأن يعوض المتعاقد الآخر عما أصابه من ضرر بسبب اطمئنانه الى العقد، بحيث يرجع الى الحالة التي كان يصير اليها لو لم يتعاقد".(1) وتطبيقا لذلك، اذا تقرر بطلان العقد، ألزم المتعاقد الذي وجدت علة البطلان في جانبه - في نظر اهرنج - بتعويض المتعاقد الآخر الذي اطمأن الى اتمام العقد بشرط أن يكون هذا الأخير حسن النية أي لا دخل له في سبب البطلان.(2)

وأما عن تبريره لهذا المبدأ، فان اهرنج يرى أن الأشخاص حينما يبرمون عقودا فانهم يضمنون صحتها بطريقة ضمنية، ويلتزمون بضمان عدم الحاق أي ضرر بالطرف الآخر، أي ان اراداتهم تتجه - بحسب الأصل - الى ابرام عقد صحيح، فاذا فرض أن أبطل ذلك العقد بسبب اخلال أحد المتعاقدين بهذا العقد الضمني فان ذلك يعتبر اخلالا من الطرف الذي تسبب في البطلان بمبدأ حسن النية، ونتيجة لذلك تترتب في ذمته مسؤولية تعاقدية دون حاجة الى اثبات أنه ارتكب خطأ، على أن الطرف الذي يطالب بالتعويض يجب عليه أن أراد الاستفادة من أحكام الاعفاء

---

(1) الدكتور السنهوري/الوسيط، ج 1، المرجع السابق، بند 309، ص ص 553-554.

(2) الدكتور أنور سلطان/المرجع السابق، بند 245، ص 289.

من مطالبته بالتعويض أيضا أن يثبت بأنه لم يرتكب أى خطأ ، وذلك عن طريق اثبات انه لم يكن يعلم بسبب البطلان وقت ابرام العقد[1].

2) ما مدى تأثر الفقه والقضاء والتشريع المقارن بنظرية اهرنج ؟

- موقف الفقه من نظرية اهرنج :

اذا كان بعض الفقه قد اعتد بنظرية اهرنج ، ودافع عنها كالفقيه سالي SALEILLES الذى يرى أن هذه النظرية ماهي الا تطبيق للمادة 1599 مدني فرنسي المتعلقة ببيع ملك الغير[2] وقرر بصدد تحليله لهذه المادة أن سبب التزام البائع بالتعويض في حالة كونه حسن النية لا يرجع الى أحكام المسؤولية التقصيرية لأنه لم يرتكب خطأ تقصيريا وانما يرجع الى أساس اخلاله بعقد ضمان ضمني مفاده أن كل شخص يقدم على التعاقد يتعهد ضمنا بأن يضمن سلامة العقد ، أى الا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد ، أما القبول الضمني لهذا العقد فيتمثل في رضا المتعاقد الآخر على التعاقد معه . وبتطابق القبول مع الايجاب الضمنيين ينعقد عقد الضمان الضمني[3] فان الغالبية من الفقه تستبعد هذه النظرية وتدحضها بعدة حجج ، ومن أهمها مايلي :

(أ) ان هذه النظرية كانت وليدة الضرورة ، فقد نادى بها الفقيه اهرنج مضطرا الى مواجهة حاجات عملية أمام ضيق القانون الروماني ، أما في الوقت الحاضر فقد أصبحنا في غنى عن هذه النظرية طالما أن جميع التشريعات الحديثة قد استقرت على أن كل خطأ

---

(1) ستارك/ مؤلفه في الالتزامات ، المرجع السابق ، بند 1684.

(2) وقد سبق أن أوضحنا حكم هذا الفرض ، والخلافات الفقهية التي أثيرت حوله في صفحة 132 وما بعدها من هذه الرسالة .

(3) الدكتور السنهوري/ الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ،بند 309 ، ص 555. وزهدى يكن / المرجع السابق ، بند 361 ، ص 159 وهذا الفقيه هو الذى أشار الى أن فكرة عقد الضمان الضمني من خلق العلامة سالي بصدد تفسيره لنص المادة 1599 مدني فرنسي وذلك بصدد بحثه عن أساس الزام بائع ملك الغير بالتعويض اذا كان المشترى حسن النية ، وفي هذا المعنى يراجع أيضا : بلانيول وريبير واسمان / المرجع السابق ، بند 324 ، ص 411 .

يرتكبه شخص ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض الأمر الذى يساعد على تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية.(1)

(ب) ان فكرة العقد الضمني غير سليمة ، ذلك أن هذه النظرية تفترض قيام عقد ضمني الى جانب كل اتفاق ، وهو أمر قل ما يفكر فيه المتعاقدان ، ثم ان فكرة العقد الضمني غير مستقيمة ، فلو فرض أن العقد الأصلي أبطل نتيجة نقص الأهلية أو عيب من عيوب الرضا ، أفلا يتصور أن يلحق هذا أيضا العقد الضمني فيؤثر فيه كما أثر في العقد الأصلي ؟(2)

وقد كان لهذين الانتقادين أثرهما في عدم نجاح هذه النظرية ، الأمر الذى حذا بالفقه الى البحث عن أساس آخر يسمح للمتعاقد المتضرر بالحصول على تعويض عن الضرر الذى لحق به ، وقد استقر الفقه على أنه اذا جاز ان يساءل أحد المتعاقدين ، فان مساءلته تتم بالرجوع الى فكرة المسئولية التقصيرية وذلك استنادا الى أن العقد الباطل لا يزيد عن كونه واقعة مادية منتجة لأثر عرضي بشرط أن تتوافر فيها شروط الخطأ التقصيري.(3)

- رأي القضاء في نظرية اهرنج :

واذا كان الفقه في فرنسا قد استبعد نظرية اهرنج ، فان القضاء الفرنسي قد جارا في هذا المنحى أيضا ، واستقر على ضرورة تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية بصدد البطلان ، أى أنه يتعين على طالب التعويض أن يثبت ارتكاب الطرف المدعى عليه خطأ وفقا لما تنص عليه المادة 1382 مدني فرنسي.(4)

---

(1) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 311 ، ص 560 ، والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 146 ، ص 291 وما بعدها .

(2) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 311 ، ص ص 560 - 561 ، وزهدى يكن / المرجع السابق ، بند 362 ، ص 159.

(3) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، بند 311 ، ص 561 ، والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 246 ، ص 291 ، ومازو وتانك / المطول النظرى والعملي في المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ، طبعة سادسة ، ج 1 ، بند 123 وما بعده .

(4) محكمة استئناف باريس 14 ماى 1970 ، قرار منشور ب JCP لعام 1971 ، ج 2 ، بند 16751.

والجدير بالملاحظة أن الخطأ لا يمكن استخلاصه من مجرد تقديم دعوى البطلان ، أي أن الطرف الذي يرفع الدعوى لا يمكن مطالبته بالتعويض الا اذا أثبت المدعى عليه في دعوى البطلان ان المدعي قد ارتكب خطأ اثناء ابرام العقد ، ويتحقق ذلك اذا أثبت المدعى عليه أن طالب البطلان كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بسبب البطلان ،أي أن يكون عالما بالعيب الذي شاب العقد وقت ابرامه.(1)

كما أنه لا يجوز لطالب البطلان أن يطالب بالتعويض الا اذا أثبت هو نفسه انه لم يرتكب أي خطأ ، أما اذا كان العقد الذي حكم ببطلانه غير صحيح لعدم مشروعية الباعث ، وكان ذلك معروفا لدى الطرفين فلا يمكن لأي منهما المطالبة بتعويض ما (2)، اذ أن المسئولية في هذه الحالة تقع على عاتق الطرفين معا .

- موقف التشريعات من نظرية اهرنج :

كان لنظرية اهرنج صدى في التشريع الألماني اذ أخذ بها في المواد من 118 الى 122 التي قررت بطلان العقد لعدم جدية الارادة ، أو لصدورها عن غلط ، أو لحدوث غلط مادي في نقلها ، كما أخذ بها في المادة 307 منه التي اعتبرت العقد باطلا اذا كان موضوعه مستحيلا.(3)

وقد قرر القانون الألماني الزام المتعاقد الذي يثبت سبب البطلان في جانبه بتعويض المتعاقد الآخر عن الضرر الذي أصابه بسبب اعتقاده صحة العقد ، على أن يقتصر حقه في التعويض عن المصلحة السلبية بشرط الا يكون عالما بسبب البطلان أو القابلية للابطال . ويبدو أن القانون اللبناني قد نحا نفس المنحى.(4)

(1) غرفة العرائض ، 11 فبراير 1878 منشور بسيريه لعام 1879 ، ج 1 ، ص 196 .
(2) نقض تجاري (فرنسي) 25 أكتوبر 1949 منشور بجازيت باليه (G.P) لعام 1950 ، ج 1 ، ص 27 .
(3) زهدي يكن / المرجع السابق ،بند 360 ،ص 158 ، والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 246 ، ص 290 .
(4) زهدي يكن / المرجع السابق ، بند 363 ، ص 160 ، وهو يضرب مثلا بالمواد 429، و 431 ،و 436 من قانون الموجبات والعقود اللبناني ويقول : ان المادة الأخيرة تدل على الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد مع الاقتصار على التعويض على المصلحة السلبية ، ويجري نص هذه المادة كالتالي " يجب على بائع المال اذا كان سيء النية أن يدفع الى المشتري جميع ما صرفه على البيع وان يكن من الكماليات وأعمال الزخرفة ".

على أنه يجب ملاحظة أن القانون الألماني رغم أخذه بنظرية اهرنج ،أي بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، فانه لم يرتب الالتزام في التعويض على العقد الباطل بوصفه تصرفا قانونيا قائما ، بل باعتباره واقعة مادية تنطوي على شروط الخطأ التقصيري. (1)

واذا كان القانون الالماني قد أخذ بنظرية اهرنج في بعض أحكامه ، فان التقنين المدني الفرنسي قد جاء خلوا منها(2) اذ أن المستقر عليه أن المادة 1599 مدني المتعلقة ببيع ملك الغير تجيز للمشترى طلب التعويض استنادا الى فكرة المسئولية التقصيرية القائمة على الخطأ الواجب الاثبات ، وكذلك الأمر في القوانين العربية .

واذا كانت نظرية اهرنج لم تلق تأييدا من غالبية التشريعات القديمة منها والحديثة ، فقد رفضت أيضا من المشرع الجزائري . . غير أن مادتين منه استرعيتا انتباهي ورأيت ضرورة التعرض لهما بشيء من التحليل نظرا لما يمكن أن يتبادر الى الذهن من أن هاتين المادتين تعتبران تطبيقيين لنظرية اهرنج . فالمادة 103/1 مدني جزائري تنص على أن يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو ابطاله ، فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .

فهذه المادة صريحة في أنه اذا استحال الرد في جانب أحد طرفي التصرف الباطل ،فان صاحب الحق في الاسترداد يعطي حق الحصول على تعويض . على ان تمتيعه بهذا الحق لا يقصد به بتاتا ان ذلك يتم تطبيقا لنظرية" الخطأ عند تكوين العقد" . بل كل ما في الأمر ان المشرع قد قصد في هذه المادة أن المتعاقدين يعودان الى الحالة التي كانا عليها قبل

---

(1) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج1، المرجع السابق ،بند 310 ، ص 558 ، وزهدي يكن / المرجع السابق ، بند 360 ، ص 158.

هذا ، مع ملاحظة أن التعويض يخضع في مثل هذه الحالة للأحكام العامة الواردة في باب المسئولية المدنية ،أي أنه يصبح بامكان الطرف المتضرر من البطلان اذا لم يرتكب خطأ ، ان يحصل على تعويض بمقابل ، أو على تعويض عيني يتمثل في الزام الطرف الآخر باعادة الأوضاع الى ما كانت عليه قبل التعاقد .

(2) كما أن القضاء الفرنسي يستبعد نظرية اهرنج ،وعلى سبيل المثال : حكم محكمة استئناف باريس ، 1970/05/14 منشور بـ ج . س . ب JCP لعام 1971 ، ج 2 ، بند 16751 .

التعاقد ،أى أن يلتزم كل من المتعاقدين بأن يرد الي المتعاقد الآخر ما تسلمه فقط دون تعويض عن أية مصلحة ايجابية أو سلبية . فاذا ثبت أن أحد الطرفين قد ارتكب خطأ في حالة هلاك الشئ موضوع التصرف قبل صدور الحكم بالبطلان ، فانه - حينئذ - يجوز الحكم عليه بتعويض معادل لقيمة الشئ التالف على أساس المسؤولية التقصيرية . ونفس الحكم يطبق في حالة ما اذا تعذر الرد بأن انتقل المبيع بعقد باطل الى ملكية الغير بسند صحيح مثلا فانه يجوز للقاضى الحكم على المتصرف في الشئ موضوع العقد المحكوم ببطلانه بتعويض معادل . غير أن هذا التعويض لا يتقرر وفقا للعقد لأن المفروض أن هذا العقد قد زال بأثر رجعى حينما حكم ببطلانه ،وانما يتم وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية كما هو الحال فى الفرض السابق .

ومما يسترعي الانتباه أن المشرع لم يجعل التعويض واجبا ،بل جعله جوازيا فللقاضي أن يحكم به أو أن يرفضه (1) . كما أن المشرع وصف التعويض في حالة الحكم به أن يكون " معادلا " لقيمة الشئ الذى هلك في يد حائزه وقت الهلاك ان كان ذلك بتقصير منه وهو ما يتماشى مع الحكم الوارد لدى المشرع المصرى في المادة 142/1 مدنى ،وذلك على خلاف المشرع العراقي الذى نص في المادة 138/2 على جواز الحكم بتعويض عادل ،مما يفيد أن القضاء غير ملزم بالحكم بقيمة الشئ الهالك ،بل بما يراه محققا للعدالة (2) .

والى جانب المادة السابق الذكر ،نص مشرعنا في المادة 399 مدنى على أنه " اذا أبطل البيع في صالح المشترى بمقتضى حكم وكان المشترى يجهل أن البائع لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان حسن النية" . فهذه المادة قد رتبت في ذمة البائع التزاما بالتعويض . واقرارها لهذا التعويض في جانب البائع لملك الغير ، انما يتم وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية لأن الضرر الذى لحق المشترى مرجعه الخطأ التقصيرى الذى صدر عن البائع لملك غيره ، وليس عقد البيع الصادر عنه لأن هذا العقد يكون قد زال بسبب عدم اجازته من طرف المالك الحقيقي للشئ المبيع .

---

(1) و (2) الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز ، المرجع السابق ،بند 556 ،ص 305 .

ب) آثار المسئولية المترتبة على الحكم بالبطلان :

ان التعويض المترتب على المسئولية المترتبة على الحكم ببطلان العقد يخضع للأحكام العامة التي تحكم دعوى المسئولية ، وبتوافرها يكون بامكان الطرف المتضرر من البطلان أن يطالب بتعويض .

وهذا التعويض قد يكون عينيا ،أى يتحقق بازالة الضرر عن طريق اعادة الأمور الى الوضع الذى كانت عليه قبل اجراء التصرف المحكوم ببطلانه ، وقد يكون بمقابل وذلك باعطاء الطرف المتضرر مبلغا من المال لجبر الضرر الذى لحقه .

واذا كان الرأى الحديث قد تعرض لفكرة التعويض عن المسئولية المترتبة على البطلان ، فان الفقيه اهرنج قد تعرض بدوره الى هذه المسألة ، وهو يرى - بهذا الصدد - أن التعويض عن التعاقد الباطل لا يكون كاملا ، بل يتحدد نطاقه بالضرر الذى أصاب المتعاقد من جراء اتمام العقد وهو يعتقد خلاف الواقع ، أى التعويض عما يسمى بالمصلحة السلبية وذلك على عكس الحالة التي يكون فيها العقد صحيحا حيث يستحق المتعاقد التعويض كاملا عند الاخلال بالمصلحة الايجابية .

ولتوضيح التفرقة ما بين المصلحتين : الايجابية والسلبية ، يضرب اهرنج المثال التالي : لو أبرق عميل الى صاحب فندق طالبا حجز غرفة له في يوم محدد ولم يحضر ، كان العقد الذى أبرم بينه وبين صاحب الفندق صحيحا ، ويترتب على ذلك أن لصاحب الفندق الحق في اقتضاء ما التزم به الطرف الآخر ، أى الحصول على أجرة الغرفة [1] ، حتى لو لم يتقدم أحد لشغل هذه الغرفة [2] ، وهذا التعويض يمثل المصلحة الايجابية لصاحب الفندق ، أما لو أخطأ العميل في ذكر تاريخ الحجز فأدى ذلك الى عدم تطابق ارادته مع ارادة صاحب الفندق ومن ثم الى بطلان العقد ، فان صاحب الفندق يستحق تعويضا عن مصلحته السلبية فقط التي تقدر بقيمة الضرر الذى لحقه من جراء اعتقاده صحة العقد الذى وقع باطلا ، وبناء على ذلك ، فانه لا يكون له الحق في أجرة الغرفة عن ذلك اليوم الا اذا أثبت أن هذه الغرفة كان من المؤكد أنها ستؤجر في اليوم المذكور لشخص آخر لو لم يتم

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط،ج1، المرجع السابق ،بند 309، ص 556،و زهدى يكن/ المرجع السابق ، بند 360 ، ص 157.

(2) الدكتور أنور سلطان/ المرجع السابق، بند 245 ، ص290 .

حجزها بناء على العقد الباطل ،فاذا ثبت أن هناك غرفا بقيت شاغرة في الفندق ، فان صاحب الفندق لا يستحق شيئا.(1)

ثانيا : حكم الزواج الظني : (LE MARIAGE PUTATIF)

تنص المادة 163 مدني فرنسي على أن " الزواج يكون ايضا محرما بين الرجل وبنت أخيه أوبنت أخته ، وبين العمة وابن أخيها وبين الخالة وابن أختها سواء كانت صلة القرابة شرعية أو طبيعية"(2)، وأحالت على نص المادة 184مدني فرنسي التي منحت حق الطعن في هذا الزواج الى الزوجين والى كل ذى مصلحة(3) والى النيابة العامة ، مما يفيد أن المشرع قد أخضع هذا الزواج الى أحكام البطلان المطلق .

واذا ما تقرر بطلان هذا الزواج ،فالمنطق يقضي بالا يكون له أى أثر لأنه يودى الى زوال الآثار التي ترتبت على عقد الزواج الباطل بأثر رجعي فيجعله في مرتبة العدم ،غير أن تطبيق هذه القاعدة على اطلاقها يودى الى نتائج خطيرة ، منها : اعتبار العلاقة التي قامت بين الرجل والمرأة بمثابة معاشرة غير شرعية ، واعتبار الأولاد الذين كانوا ثمرتها طبيعيين أى غير شرعيين ، بالاضافة الى بطلان الاتفاقات المالية بالنسبة الى الزوجين ، وبطلان الهبات التي تمت لهما أوبينهما ، وحرمان كل من الزوجين من نصيبه المقرر له في تركة الزوج المتوفى ، وان كان البطلان قد تقرر في زمن لاحق لوفاة المورث التزم الطرف الآخر برد ما حصل عليه من التركة للورثة ان كان

(1) زهدى يكن / المرجع السابق ،بند 310، ص 157 ،و الدكتور : حلمي بهجت بدوى / دراسة تحليلية لآثار التصرفات الباطلة ،مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثالثة ، 1933 ، بند 24 وما بعده ، ص 392 وما بعدها .

(2) يجرى نص المادة 163 طبقا للتعديل الذى لحقها بموجب القانون رقم : 72- 3 ، المورخ في: 72/01/03 مدني فرنسي على النحو الآتي : " Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, que la parenté soit légitime ou naturelle."

(3) أوضحت المادة 187 مدني فرنسي المراد بذوى المصلحة المشار اليهم في المادة 184 مدني فنصت على مايلي : " في كل الأحوال التي يجوز فيها طبقا للمادة 184 مدني رفع دعوى البطلان من كل ذى مصلحة ، فان هذه الدعوى لا يمكن ان ترفع من طرف ذوى القرابة من الحواشي أو من طرف الأطفال كانوا ثمرة زواج آخر، حال حياة الزوجين الا اذا كانت لهم مصلحة مرتبطة بذلك ، وحالة".

../..

قد تسلم!(1)

غير أن اعتبار الزواج باطلا بأثر رجعي ينطوي على نوع من الشدة خاصة اذا ما تعلق الأمر بزوجين حسني النية أي بين شخصين جاهلين العيب الذي شاب زواجهما عند ابرامه ، لذلك دعت الحاجة الى اعتبار الزواج الباطل بحسن نية منتجا لآثاره رغم صدوره حكم ببطلانه ، أي أن الحكم القضائي يضع حدا للزواج الباطل شأنه في ذلك شأن الطلاق الذي ينهي العلاقة الزوجية الصحيحة ويرتب آثاره مستقبلا ، أما الحقوق المكتسبة السابقة على صدور الحكم فتبقى قائمة ، وبعبارة أخرى فان حسن نية الطرفين عند ابرام عقد الزواج يمنع الأثر الرجعي ، ويسمى هذا الزواج بـ"الزواج الظني" "Mariage putatif "

وبصدد الزواج الظني ، ميز المشرع الفرنسي - بمقتضى المادتين 201 و 202 طبقا للتعديل الذي لحقهما بالقانون رقم : 72 - 3 المؤرخ في 1972/01/03 - بين نوعين من العلاقات القائمة بين الزوجين فقط ، والعلاقات القائمة بين الزوجين والأطفال الذين كانوا ثمرة الزواج الظني .

1) حكم العلاقات القائمة بين الزوجين : فرق المشرع الفرنسي بصدد العلاقات القائمة بين الزوجين بمقتضى المادة 201 مدني ، بين صورتين : حالة كون الزوجين معا حسني النية ، وحالة كون أحد الزوجين فقط حسن النية ../..

==Art. 187 :" Dans tous les cas où, conformément à l'article 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel."

(1) في تفاصيل ذلك : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي / الزواج : (قيامه ، آثاره ، انقضاؤه) في القانون الفرنسي ، القاهرة 1965 ، بند 71 ، ص 112 ، وبلانيول / المطول العملي للقانون المدني (الفرنسي) ، ج 1 ، طبعة خامسة ، باريس 1908 ، البندان 1091 - 1092 ، ص 364
PLANIOL (Marcel), traité élémentaire de droit civil, (français), tome 1, 5° édition, Paris 1908.

(2) في تفاصيل أحكام الزواج الظني : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي/الزواج في القانون الفرنسي ، المرجع السابق ، بند 72-73 ، ص 113 و 119 ، وبلانيول / المرجع السابق ، بند 1091 ، 1092 ، ص ص 364 - 356 ، ومارتي ورينو ، القانون المدني ، الأشخاص ، طبعة ثالثة ، سيريه 1976 ، بند 123 وما بعده ، ص 155 وما بعدها .
MARTY et RAYNAUD, droit civil, les personnes, 3° édition, SIREY, 1976.

والآخر سيئها .

- فاذا كان الزوجان معاً حسني النية ، فان الزواج رغم الحكم ببطلانه يبقى منتجا لآثاره كما لو كان صحيحا ، و من ثم يكون صالحا لانتاج آثاره المدنية شأنه في ذلك شأن الزواج الصحيح تطبيقا لنص المادة 201/ 1 مدني فرنسي التي جاء بها : " اذا تقرر بطلان الزواج ، فانه ينتج آثاره في مواجهة الزوجين اذا أبرم بحسن نية" . وترتيبا على ذلك فان الاتفاقات المالية القائمة بين الزوجين تبقى صحيحة منذ ابرام عقد الزواج حتى صدور حكم ببطلانه ، و اذا توفي أحد الزوجين قبل صدور حكم بالبطلان كان من حق الزوج الآخر أن يحصل على نصيبه من تركة المتوفى(1) ، بل ان النفقة المقررة لكلا الزوجين على الآخر بمقتضى نص المادة 212 مدني فرنسي تبقى قائمة حتى وقت تقرير بطلان الزواج .(2)

- أما اذا كان أحد الزوجين حسن النية و الآخر سيئها ، فان الزواج الباطل ينتج آثاره بوصفه زواجا ظنيا بالنسبة الى الزوج حسن النية فقط دون الزوج الآخر سيء النية . وقد صرحت بذلك المادة 201/ 2 مدني فرنسي بقولها : " اذا كان حسن النية متوافراً لدى أحد الزوجين فقط ، فان الزواج لا ينتج آثاره الا لصالح هذا الزوج " .

ويترتب على ذلك ، انه اذا كان من حق الزوج حسن النية أن يطالب الزوج الآخر بواجب المساعدة ، و أن يرثه اذا توفي ، فان الزوج سيء النية لا يمكنه أن يطالب بشيء من ذلك .

2) <u>حكم الزواج الظني بالنسبة الى الأولاد</u> : أوضحت المادة 202 مدني فرنسي وفقا للتعديل الذى لحقها أيضا بموجب القانون رقم : 72-3 المؤرخ في : 03/01/ 1972 بقولها : " ان الزواج الظني ينتج أيضا آثاره بالنسبة الى الأولاد ولو لم يكن أحد من الزوجين حسن النية " .

---

(1) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي / الزواج في القانون الفرنسي ، المرجع السابق ، بند 74 ، ص ص 119 - 120 ، وبلا نيول / المرجع السابق ، بنود 1108 - 1110 ، ص ص 368 - 369 .

(2) تنص المادة 212 مدني فرنسي على أن " يلزم كل من الزوجين في مواجهة الآخر بواجب الاخلاص ، وتقديم الرعاية ، و المساعدة المادية" .
" Les époux de doivent fidélité, secours, assistance."

وتطبيقا لهذا الحكم ، فان الأبناء لا يتأثرون بحسن نية أحد أبويهما ، أو سوئها ذلك أنه تثبت لهم في كل الحالات الآثار التي تترتب على الزواج الصحيح كحق النسب ، وحق التوارث ، اذ يثبت للأبناء النسب الشرعي في علاقتهم مع كل من أبويهم دون مراعاة لما اذا كان كل من الأبوين حسن النية أو سيئها ، كما يحق لهم أن يرثوهما فضلا عن بقية الحقوق الأخرى المقررة للأبناء في مواجهة الآباء .

وبهذا التحليل نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد رتب على الزواج الباطل آثارا تترتب أصلا على الزواج الصحيح فقط ، على أن هذه الآثار لا يمكن اعتبارها أصلية ، بل تبقى آثارا عرضية اقتضتها المحافظة على الأسرة وحمايتها من الانهيار.(1)

ثالثا : البطلان الجزئي (LA NULLITE PARTIELLE)

قد يحدث أحيانا أن يكون البطلان قد شاب بعض أجزاء التصرف فقط دون التصرف بكامله ، فتبدو الحاجة ملحة الى البحث عما اذا كان من شأن الجزء الباطل التأثير على التصرف كله ، ومن ثم فان التصرف كله يلحقه البطلان المطلق أو أنه يتعين قصر البطلان على الجزء الذى أصابه البطلان فحسب ؟

ان هذا التساؤل يطرح مشكلة تعرف اصطلاحا بـ" البطلان الجزئي " ،وقد ظهرت في مختلف الأنظمة القانونية ، غير أننا في اطار دراستنا للقانون الوضعي سنقتصر على تحليل أحكام التشريع والقضاء الفرنسيين لننتقل بعدهما الى تحليل أحكامه في القانون المدني الجزائري .

أولا : أحكام البطلان الجزئي في النظام القانوني الفرنسي(2)

المصدر التشريعي لفكرة البطلان الجزئي في فرنسا :

بالرجوع الى القانون المدني الفرنسي نجد المشرع قد أجرى تفرقة بصدد هذه

---

(1) اما فيما يخص الدول العربية ،فانها تأثرا منها باحكام الشريعة الاسلامية ، اعتمدت ما اصطلح على تسميته بالزواج الباطل . يراجع بهذا الصدد ما سيأتي تحليله صفحة 388 من هذه الرسالة .

(2) فيليب سيلميه/ البطلان الجزئي للتصرفات القانونية ،رسالة من جامعة ستراسبورغ سنة 1968 طبعة باريس 1969

Philippe SIMLER, la nullité partielle des actes juridiques, thèse Strasbourg, Paris 1969.

فلور وأوبير / الالتزامات ، التصرف القانوني ،ج 1 ، المرجع السابق ، بند 355 وما بعده ، ص 276 وما بعدها .

الجـزئية بين التصرفات بعوض و التصرفات بدون عوض .

فبصدد التصرفات بعوض نجده نص في المادة 1172 على أن "كـل شرط [1] متعلق بشيء مستحيل ،أو مخالف للآداب العامة ،او محظور قانونا ، يكون باطـلا و يؤدي الى بطلان الاتفاق الذي ورد فيه هذا الشرط".

أما التصرفات بدون عوض (أي التبرعـات أو الوصية) ، سواء تمت بيـن أحياء أو بسبب وفاة فان المادة 900 منه نصت على ان الشروط التي تتوافر فيهـا خصائص المادة 1172 مدني " تعتبر غير مكتوبة [2] " réputées non écrites و ان بطلانها لا يؤدي الى بطلان التصرف الذي وردت بـه .

هذا ، و يقرر الفقه أن سبب ايراد المشرع الفرنسي لهاتين المادتين (900 و1172 مدني) يرجع الى أسباب تاريخية ، ففي مجال التبرعات كان المشرع الفرنسي يخشى من ادراج شروط تتعارض و معطيات الفكر الثوري كاعتماد ما كـان يعرف" بشرط حـق المولود البكر (droit d'aînesse) . ونظرا لكونه كان على يقين مـن أن المستفيدين من هذه التبرعات سيسكتون عن الاعلان عن هذه الشروط ،لأن اعلانهم عنها يؤدي بهم الى ضياع الشيء الموهوب أو الموصى لهم به ،فان المشرع الفرنسـي ارتأى ان يقصـر البطلان على هذه الشروط وحدها دون أن يمتد اها الى صحـة التصرف التبرعي ذاته . أما بالنسبة الى التصرفات بعوض ، فليست هناك خطورة يخشى منها ، ذلك ان تقرير بطلان التصرف بكـامله ليس من شأنه أن يمنع ايا من طرفيـه من رفع دعوى البطلان لأن تقرير البطلان - ان حصل - لم يكن يلحق بالمتصـرف اليه أي ضـرر مادام أنه حينما يعيد للطرف الآخـر ما تلقاه منه ،فانه يستـرد هـو شخصيا ما سبق أن سلمه اليه [3].

- <u>موقف القضـاء الفرنسي من نظرية البطلان الجزئي :</u>

و رغم اختلاف الحلول المستمدة تشريعا بمقتضى المادتين 900و 1172 مدنـي فرنسي فان القضـاء الفرنسي ،قد حاول توحيد هذه الحلول وذلك باعتمـاده لنظرية

---

(1) المراد بكلمة" الشرط " هنا ليس الشرط باعتباره وصفا للالتزام بحيث يتوقف عليه نشوء التصرف مستقبلا ،بل انه يراد به البنود الواردة في الاتفاق .

(2) أي كأنها لم تكن موجودة بالعقد أصلا .

(3) فلورو اوبير/ التصرف القانوني ،ج 1 ، المرجع السابق ،بند 356 ،ص 277.

السبب مع التركيز على الباعث الدافع الى اجراء التصرف [1].

واعمالا لهذا المعيار، فان القضاء الفرنسي لم يعد يفرق بين التصرفات بعوض والتصرفات بدون عوض، بل انه يبحث عن طبيعة الشرط المحظور قانونا، فاذا تبين له ان هذا الشرط كان الباعث الدافع الى اجراء التصرف أصدر حكمه ببطلان كل التصرف، أما اذا تبين له أن الشرط المحظور مجرد شرط ثانوي فانه يبطل هذا الشرط وحده دون باقي أجزاء التصرف الاخرى [2]، أي أننا نكون بصدد بطلان جزئي في الحالة الثانية دون الأولى.

واذن، فان معيار التمييز بين البطلان الكلي والبطلان الجزئي يكمن في ارادة طرفي التصرف، وأن الكشف عنها في ارادتي المتصرفين يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ولا رقابه عليهم من محكمة النقض [3].

على أن اللجوء الى ارادة الأطراف للبحث عما اذا كان الشرط المحظور الوارد بالتصرف يبطل التصرف كله أو جزءا منه فقط ينطوي على نوع من التحكم [4]. ذلك

---

(1) غرفة المرائض، 3 جوان 1863، داللوز 1863، ج 1، ص 429، وسيريه 1864، ج 1، ص 269، ونقض الدوائر المجتمعة: 21 جوان 1892، داللوز الدوري 1892، ج 1، ص 369 (يراجع القسم المتعلق بالأسباب) نقضه غرفة المرائض 31 أكتوبر 1938، سيريه 1939، ج 1، ص 62، نقض مدني 22 ماي 1951، منشور بـ ج. س. ب J.C.P 1952، ج 2 بند 6416 مع تعليق كافاروك Cavarroc، ومحكمة استئناف دوي Douai، 1 ماي 1945، سيريه 1946، ج 2، ص 8 مع تعليق موريل Morel، وفي تحليل أحكام القضاء الفرنسي من نظرية البطلان الجزئي، يراجع: فلور وأوبير / المرجع السابق، بند 357، ص 277.

(2) يراجع في ذلك: غيستان GHESTIN في تعليقه على نقض مدني 24/06/71 والمنشور بـ: ج. س. ب 1972 الجزء الثاني، بند 17191.

(3) على سبيل المثال نقض مدني فرنسي، 6 جوان 1972 منشور بمجموعة داللوز سيريه لعام 1973، ص 151 مع تعليق الأستاذ: مالوري، وبـ: ج. س. ب (J.C.P) لسنة 1972، ج 2، بند 17255، ونقض مدني فرنسي 9 جويلية 1973 منشور بمجموعة داللوز، سيريه لسنة 1974 ص 24 مع تعليق الأستاذ: مالوري.

(4) فارجات/النظام العام الاقتصادي، رسالة من جامعة ديجون سنة 1961 (FARJAT, l'ordre public économique, thése Dijon, 1961).

بند 494 وما بعده، وكابيتان / تعليقه بداللوز الدوري 1927، ص 1.

أنه تبث من الناحية العملية أن القضاة غالبا ما يتسترون تحت لباس ارادة الأطراف على الرغم من أنهم يراعون في حقيقة الأمر مقتضيات النظام العام، ذلك أن القاضي قد يحكم بالبطلان الكلي للتصرف أو بالبطلان الجزئي فقط تبعا لمقتضيات النظام العام الذى يتصوره، فيقرر — حينئذ — أن الشرط المحظور قانونا شرط دافع باعث أو مجرد شرط ثانوى (1).

وبناء على ذلك، فان النظام العام الاجتماعي أو تحقيق الحماية للطرف الضعيف غالبا ما يستوجب البطلان الجزئي — أى اعتبار الشرط المحظور قانونا كأنه غير مكتوب مع الاحتفاظ بالتصرف المبرم — لأن في تقرير البطلان الكلي اهدارا لمصلحة الطرف الذى ابتغى المشرع حمايته . ومن الأمثلة التي يمكن ايرادها في هذا الصدد أن عاملا يتنازل بمقتضى ابرامه عقد عمل مع رب العمل عن حقه في الاجازة السنوية المستحقة له قانونا، فهذا التنازل يعتبر محظورا قانونا، وبذلك فمنطق القانون يقتضي بطلان العقد، غير أنه ليس من العدالة تقرير بطلان عقد العمل بكامله لأن تقريره يؤدى الى فقد العامل وظيفته، ومن ثم يمنع من اللجوء الى رفع دعوى البطلان، ولذلك فان حماية العامل تقتضي اعتبار شرط التنازل غير مكتوب واعتبار عقد العمل صحيحا مع احلال الأحكام القانونية المنظمة لاجازة العامل السنوية محل الشرط الباطل (2).

ومما تجدر ملاحظته أن ازالة الشرط الباطل من التصرف ليست الطريقة الوحيدة التي اعتمدها القضاء الفرنسي، وان كانت هي الأكثر شيوعا (3)، بل ان القضاء الفرنسي كثيرا ما استخدم ما اصطلح على تسميته بانقاص التصرف "réduction de l'acte

---

(1) فلور وأبير/التصرف القانوني، المرجع السابق، بند 358، ص 278، وفيليب مالوري/العقود المخالفة للنظام العام، رسالة من باريس 1951، بند 386 وما بعده، وبند 393، فارجات/الرسالة، المرجع السابق، بند 494 وما بعده . ph.MALAURIE ; les CONTRATS contraires à l'ordre public, these paris 1951 .

(2) فيليب سيمليه/الرسالة، بند 352 وما بعده، فارجات/النظام العام الاقتصادى، المرجع السابق، بند 450 وما بعده، وبند 470 وما بعده، وريبر/النظام الاقتصادى وحرية التعاقد، دراسات مخصصة للفقيه جيني، ج 2، ص 347 وما بعدها .

(3) فيليب سيمليه/الرسالة، ص 209 وما بعدها .

وذلــــك بانقـاص بعض مكوناتــه فقط.[1] وهذا الانقاص قد يلحق موضوع التصرف نفسه ،وقد يلحـق المدة المتفق عليها فيه وذلك بتخفيضها الى الحد المنصوص عليه قانونا . فمثلا اذا اتفق الأطراف على البقـاء في الشيوع أو استمـراره الى أكثر من خمس سنوات ،فان هذه المدة كانت تخفض الى الحد المنصوص عليه قانوناوهو خمس سنوات طبقا للمادة 815/2 من القانون المدني التي كانت تنص - قبل تعديلها - على أنه " يمكن الاتفاق على ايقاف القسمة لمدة محـددة. على أن هذا الاتفاق لا يكون ملزما في القدر الزائد عن الخمس سنوات، وان كان يمكن تجديده ".[2] وقد يتضمن الانقاص تخفيض الثمن المتفق عليه في التصرف في حالة ما اذا كان التصرف منطويا على استغلال أحد الطرفين للطرف الآخر ، أو تخفيض بدل الايجار اذا كان مرتفعا مرهقا للمستأجر ،وهو ما فعلـه المشرع نفسه بمقتضى المادة 35 من قانون 1948/09/01.

ثانيا: أحكام البطلان الجزئي في النظام القانوني الجزائري :

لقد تعرض المشرع الجزائري ، على غرار المشرعين العرب لصورتين تطبيقيتين للبطلان الجزئي ، وهما : انقاص العقد ، و تحوله ،واذا كان المشرع قد قصر هاتين الحالتين التطبيقيتين على العقد فقط فمرده الى انه قد اهتم بالعقد أساسا كمصدر للالتزام ،لأنه لم يجعل الارادة المنفردة مصدرا للالتزام الا استثناء[3]، غير أن هذا الموقف منه لا يمنع من أن هاتين الصورتين قد تثاران أيضا بصدد التصرفات غير العقدية ، ولذلك فسندرس كلا من الصورتين في اطار التطبيق الشامل لهما .

---

(1) نقض مدني فرنسي ،الغرفة الأولى ، 1958/01/27 ،نشرة القرارات المدنية،ج 1، بند 59 ،ص 47 ،محكمة استئناف باريس 1896/03/03 ، منشور بدالوز الدوري 1897 ،ج 2 ،ص 54 .

ونشير بهذا الصدد الى أن هذه المادة عدلت بقانون رقم 76-1286 الصادر بتاريخ 76/12/31 التي نصت في الفقرة الخامسة بوضوح ، على ان البقاء في حالة الشيوع لا يمكن ان يتفق على استمراره لمدة تجاوز خمس سنوات...

Art. 815-1 : " le maintien dans l'indivision ne peut être prescrit pour une durée supérieure à cinq ans...."

(2) كان يجرى نص المادة 815/2 على النسق الآتي :
" On peut convenir de suspendre le partage pendant un temps limité; cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans , mais elle peut être renouvelée."

(3) يراجع ما سبق ص 28 من هذه الرسالة .

1) نظرية انقاص التصرف:

تعرض المشرع الجزائري كبقية مشرعي الدول المعنية لنظرية الانقاص بصدد العقد فقط، في المادة 104 من القانون المدني التي نصت على أنه "اذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كله".

ويبدو من ظاهر النص أن المشرع قصر هذا الحكم على العقد فقط، ولكننا لا نرى مانعا من تطبيقه على بقية التصرفات الارادية الأخرى.

أمثلة لنظرية الانقاص: والواقع هو أن الأمثلة على انقاص التصرف الباطل كثيرة نذكر من بينها ما هو مقرر من أنه اذا أبرم شخص عقد هبة مقترنا بشرط مخالف للنظام العام أو للآداب، فان هذا الشرط وحده هو الذي يبطل، وتبقى الهبة قائمة وصحيحة طالما أنه لم يثبت أن هذا الشرط كان هو الباعث الدافع الى التعاقد على اجراء الهبة، وفي حالة ثبوت العكس فانه ـ حينئذ ـ يبطل كل من الشرط والهبة[1]، وكذلك ما نصت عليه المادة 722/2 مدني من أنه "لا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمس سنوات ..." فاذا اتفق الأطراف على مدة أطول من المدة المقررة قانونا، فان هذه المدة تنقص الى الحد المنصوص عليه قانونا.

وفي اطار التصرف القابل للابطال، فان المعتمد أنه اذا اتفق شخصان على ابرام عقد وكان محله يتكون من أشياء متعددة، وأثبت المشتري أنه وقع في غلط في بعض مكونات محله فان العقد يكون قابلا للابطال بالنسبة الى الجزء الذي حصل بشأنه الغلط فقط، أما الأجزاء الأخرى من المحل فتبقى صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية.

ب) ـ شروط تطبيق نظرية الانقاص: ان نص المادة 104 مدني جزائري وان كان خاصا بانقاص العقد، فانه صريح في أن هذا الانقاص لا يتقرر الا بتوافر شرطين أساسيين:

---

(1) هذا، ونشير بهذا الصدد الى أن المشرع الجزائري قد اعتمد حكما هاما بصدد الوصية فقرر بصددها أنها اذا علقت على شرط غير صحيح، فان الشرط الباطل هو وحده الذي يسقط مهما كان سبب البطلان، وتبقى الوصية صحيحة (المادة 199 من قانون الأسرة).

أولهما : أن يكون التصرف باطلا في شق منه فقط، فان كان باطلا بأكمله كنا أمام مجال تحول التصرف اذا توافرت شروطه .

ثانيهما : أن يكون التصرف من التصرفات التي تقبل الانقسام، لأن التصرف اذا لم يكن قابلا للانقسام ترتب على بطلان جزء منه بطلان التصرف بأكمله ويفصح عن هذا الحكم المثال المشار اليه والمتعلق بالهبة ، والوصية .

2) نظرية تحول التصرف (1) :

أ) مضمون هذه النظرية : يتلخص مضمون هذه النظرية في أن التصرف الباطل الذى أجراه طرفان قد يتضمن عناصر تصرف آخر صحيح دون أن يضاف اليه عنصر جديد (2) فحينئذ يتحول التصرف الباطل الى التصرف الذى توافرت فيه عناصره اذا ثبت أن النية المفترضة لطرفيه كانت تنصرف الى التصرف الآخر لو علما ببطلان التصرف الأول وقت اجرائه (3). وقد أخذ المشرع الجزائرى بهذه النظرية في مجال العقود بموجب نص

---

(1) لمزيد من تحليل هذه النظرية يراجع الدكتور أحمد يسرى في تحول التصرفات القانونية رسالة من جامعة هيدلبرج بألمانيا ،في الترجمة العربية للرسالة ،طبع القاهرة سنة 1958.

(2) الدكتور عبد المجيد الحكيم /الموجز في مصادر الالتزام ،المرجع السابق ،ص 234 .

(3) الدكتور علي علي سليمان /المحاضرة المشار اليها سابقا ،بند 7،ص7،الدكتور السنهورى / الوسيط،ج 1،المرجع السابق،بند 306،ص ص546، 547،وقد أشار كل من الدكتور سليمان مرقس في مؤلفه شرح القانون المدني ،ج 2،المرجع السابق،بند 223،ص 200 ، والأستاذ :زهدى يكن /المرجع السابق،بند 364،ص161،والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق،بند 247،ص ص292_293 الى أن أصل هذه النظرية يرجع الى الفقه الألماني في القرن التاسع عشر (19) الذى قننها المشرع في المادة 140 مدني ألماني اذ جاء بها : "اذا كان التصرف القانوني الباطل يستجمع شروط تصرف آخر ،فانه يمتد بهذا التصرف الأخير اذا فرض أن المتعاقدين كانا ينويان الأخذ به لو علما بالبطلان ".

أما الدكتور حسن علي الذنون فيرجع فكرة تحول العقد الى الفقه الاسلامي ،ويرى أن الفقيه ابن رجب الحنبلي كان من المقررين لها في قواعده ،وأورد أمثلة لذلك،من بينها أنه اذا قال أحد لآخر:خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك،كان هذا قرضا . بند 142، ص 123 .

وفي هذا الاتجاه أيضا الدكتور عبد المجيد الحكيم الذى يرى أن نظرية تحول العقد عرفها الفقه الاسلامي قبل الفقهاء الألمان بأكثر من اثنى عشر قرنا ،وقد تضمنتها القاعدة الفقهية "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " ،ذلك أن الألفاظ والمباني ما هي الا وسيلة بينما المقاصد والمعاني هي الغاية،واذن ،فالعبرة للغاية لا للوسيلة، ومنها أيضا قاعدة "الهبة بشرط العوض بيع" ،وقاعدة "الاعارة بشرط العوض اجارة" يراجع: الموجز، في مصادر الالتزام، المرجع السابق،ص 296 .

المادة 105 مدني اذ جاء بها أنه: "اذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد " وهو بهذا النص يكون قد أورد حكما جديدا غير معروف في القانون المدني الفرنسي (1).

ب) أمثلة عملية لهذه النظرية:

ولكي تتضح أهمية هذه النظرية ، أضرب لها بعض الأمثلة العملية :

- البيع الباطل لتفاهة الثمن:

ان البيع الباطل لتفاهة الثمن ، يمكن أن يتحول الى هبة صحيحة بشرط انطواء العقد الباطل على كافة أركان الهبة من ذلك: أن تتوافر نية التبرع لدى البائع ، على أن بعض الفقهاء (2) يرى ضرورة اثبات هذه الهبة في ورقة رسمية اذا اعتبرناها هبة مكشوفة كما يرى الأستاذ :السنهوري، أما اذا اعتبرناها هبة مستورة فانها لا تجب فيها الرسمية (3).

غير أن هذا التحليل الفقهي لا يمكن اعتماده في اطار النظام القانوني الجزائري بصدد هبة العقار، ذلك أن هذه الهبة تعتبر باطلة بطلانا مطلقا متى لم تستوف شرط التوثيق المنصوص عليه بمقتضى المادة 206 من قانون الأسرة الصادر برقم : 84- 11 بتاريخ 09/06/1984 والذي نص صراحة على وجوب مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات وخاصة المادة 12 منه .

- الكمبيالة الباطلة لانعدام بياناتها الجوهرية:

للكمبيالة شروط شكلية الزامية تتعلق ببياناتها ورد النص عليها في المادة 390 تجاري جزائري ، فإن فقدتها أو فقدت بعضها فقدت ماهيتها ، ولكن ذلك لا يمنع من تحولها الى سند دين مدني صحيح أو الى سند تجاري من السندات ، فالكمبيالة أو السفتجة الباطلة اذا تحولت الى سند آخر صحيح ، فان هذا التحول يخدم مقتضيات العدالة " وأي دليل خير من انعدام كل دليل".

(1) الدكتور علي علي سليمان / المحاضرة المشار اليها سابقا ،بند 7 ،ص 7 .
(2) الدكتور محمود جمال الدين زكي /المرجع السابق،بند 136،ص 269،وزهدي يكن/المرجع السابق، بند 364 ، ص 161 .
(3) الدكتور السنهوري /الوسيط،ج 4،المرجع السابق،بند 216،ص 386 وهامش(2) بنفس الصفحة .

- التعهد باقامة وارث :

لقد حدد الله سبحانه وتعالى أصحاب الحقوق في التركة ، وبين من يرث منهم ومن لا يرث في آيات المواريث حيث قال جل شأنه في سورة النساء " يوصيكم الله في أولادكم ، للذكر مثل حظ الانثيين .. " وبيّن أن من حق الانسان أن يوصي لغيره بالقيود الشرعية المعروفة ، فاذا خالف شخص الأصول المقررة في الميراث وتعهد لشخص ما بأن يكون وارثا له ، فان تعهده يكون باطلا لمخالفته لهذه الأصول ، ومع ذلك يمكن أن يتحول هذا التعهد الباطل الى وصية صحيحة يمكن العدول عنها في أي وقت (1).

ج - شروط تحول التصرف الباطل أو القابل للابطال الى تصرف آخر صحيح :

يشترط لتحول التصرف الباطل أو القابل للابطال الى تصرف آخر صحيح شروط ثلاثة هي :

(1) يجب أن يكون هناك تصرف أصلي باطل أو قابل للابطال بأكمله :

يشترط لتحول التصرف أن يكون التصرف الأصلي باطلا أو قابلا للابطال ، فاذا كان صحيحا فاننا نكون أمام تخلف أحد شروط التحول ، ومن ثم يتعين الأخذ به ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فان التصرف الأصلي اذا لم يكن باطلا أو قابلا للابطال بأكمله (2) لم نكن بصدد شروط تحول التصرف وان كنا نصبح ازاء ما يعرف بنظرية انقاص التصرف (3) ، وهو ما يتحقق في حالة كون التصرف المشوب بالبطلان قابلا للانقسام .

(2) أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الصحيح المحول اليه دون اضافة أي عنصر آخر جديد اليه (4).

ويترتب على ذلك أن اختلال هذا الشرط يحول دون اعمال التحول وان كان

---

(1) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 306 ، ص 547 .

(2) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 307 ، ص 548 .
والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 249 ، ص 295.

(3) الدكتور علي علي سليمان / المحاضرة المشار اليها ، بند 7 ، ص 3 .

(4) الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز ، المرجع السابق ، ص 294 ، والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 250 ، ص 295 .

بالامكان تصحيح هذا العقد الباطل متى كان القانون يجيز هذا التصحيح ، وتطبيقا لذلك ، اذا باع شخص منزلا مملوكا للغير فلا يملك القاضي أن يحول هذا العقد الى بيع يقع على قطعة أرض مملوكة للبائع حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا سيقبلان ذلك لو علما أن البائع لا يملك المنزل . على أن بيع ملك الغير يصبح عقد بيع صحيحا اذا أقره مالك الشيء المبيع (المادة 398/1 مدني) أو اذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد اجراء البيع (المادة 398/2 مدني).

3) ويشترط أخيرا ضرورة انصراف ارادتي طرفي التصرف المحتملة الى التصرف الصحيح منذ لحظة اجراء التصرف : ويتم التأكد من ذلك عن طريق طرح السؤال التالي : لو كان طرفا التصرف وقت اجراء التصرف الأصلي قد علما ببطلانه فهل كان من المحتمل أن يريدا هذا التصرف الآخر؟ فاذا كانت الاجابة بالايجاب صح التحول ، أما اذا كانت بالنفي فان التحول يقع باطلا ، وبذلك فالتحول يقوم على أساس ارادة محتملة تقوم على أنقاض ارادة ظاهرة . ويكشف القاضي عن هذه الارادة المحتملة عن طريق استخدامه للقرائن القضائية كأن " يستخلص من سكوت الطرفين عن التمسك بالبطلان بعد علمهما بأمره ، أو من استمرار تنفيذهما للعقد الأصلي أن نيتهما المحتملة قد انصرفت الى التحول حتى لو نازع أحدهما في ذلك بعدئذ "(1) .

المبحث الثاني

آثار البطلان في مواجهة الغير

أولا : المبدأ العام:

طبقا لما سبق تقريره من ان البطلان يؤدى الى زوال الآثار التي تترتب على التصرف بأثر رجعي ، ومنطق ذلك يستلزم القول بأن البطلان يجب الا يقتصر أثره على طرفي التصرف فقط ، بل يتعين أن يتعداهما الى الغير أيضا ، أى أولئك الأشخاص الذين تعاملوا مع أحد طرفي التصرف الباطل فاكتسبوا بذلك حقوقا على الشيء موضوع التصرف ، وترتيبا على ذلك اذا اشترى شخص منزلا بمقتضى عقد قابل للابطال نتيجة اكراه استعمله في مواجهة البائع وتصرف

(1) الدكتور حسن علي الذنون / المرجع السابق ، بند 143 ، ص 124.

المشترى في هذا المنزل للغير ، فاذا زال الاكراه ، ورفع المكره دعوى الابطال وصدر حكم قضائي بابطال عقد المشترى للعيب السابق ذكره (الاكراه) فان الحكم بالابطال يؤدى حتما الى القول بأن التصرف الصادر منه للغير يعتبر باطلا أيضا ، لانه يفترض في المشترى الأصلي انه لم تنتقل اليه ملكية هذا المنزل اطلاقا ، ومن ثم يسرى بشأنه المبدأ المقرر ضمن القواعد الأصولية " من أن فاقد الشيء لا يعطيه " والقاعدة الرومانية الشهيرة التي تقضي بأنه " لا يمكن لأحد أن ينقل للغير أكثر مما يملك " NEMO PLUS JURIS AD ALIUM TRANSFERE POTEST QUAM IPSE HABET ".

على أن الملاحظ في هذا الصدد .. كما يقرره الفقه الفرنسي ـ أن دعوى البطلان لا تنتج أثرها بالنسبة الى الغير الذين تلقوا حقا على الشئ موضوع التصرف الباطل الا اذا تم ادخالهم في دعوى البطلان ، فان لم يتم ادخالهم فان الحكم بالبطلان حالة صدوره ينتج آثاره فيما بين طرفي الخصومة فقط ، ولا يلحق الغير اذ أنه لا يسرى في مواجهتهم (1).

ثانيا: الاستثناءات الواردة على المبدأ العام:

على أنه اذا كان منطق البطلان يقتضي الا ينتج التصرف الباطل أى أثر سواء بالنسبة الى أطراف التصرف الباطل أو بالنسبة الى الغير الذى تلقوا حقا بمقتضى هذا التصرف فان السعي نحو تحقيق مبدأ استقرار الأوضاع القانونية، وحماية الوضع الظاهر خاصة بالنسبة الى الغير حسن النية ، قد استدعى وضع قيود على مبدأ الرجعية (2).

ولو تفحصنا هذه القيود لأمكننا تصنيفها الى قسمين رئيسيين ، فهناك قيود تعتبر تطبيقا لواجب الضمان ، وهناك قيود مقررة لتحقيق فكرة سلامة

---

(1) كوتيرييه/ العقود والالتزامات ، منشور بمجموعة التوثيق ، الخاصة بالقانون الفرنسي ، الفقرات 128 ، 130 ، بند 60 و 65 . COUTURIER, contrats et conventions; NOTARIAL REPERTOIRE , droit français, fascicules 120-130, Nos 60 et 65.

(2) بييد ولييفر/ الآثار المترتبة على التصرفات الباطلة ، رسالة من جامعة باريس 1911، PIEDELIEVRE, des effets produits par les actes nuls, thèse Paris, 1911.

وفلور وأوبير/ ج 1 ، المرجع السابق بند 361 ، وما بعده ، ص 281 وما بعدها .

المعـــاملات واستقـــرارهـــا .

(1) <u>القيد الذي يؤسس على واجب الضمان:</u>

ولتوضيح هذا القيد نضرب المثال التالي : لو ان "أ" باع عقارا الى "ب" ثم تصرف "ب" في هذا العقار الى "ج".

فلو أن "ب" رفع دعوى بطلان ضد "أ" لأحد أسباب البطلان المقرر للبطلان المطلق أو البطلان النسبي ، و صدر حكم ببطلان التصرف الأصلـــي المبرم بين "أ" و "ب" فهل هذا البطلان يؤثـــر على مصيـــر التـــصرف الذي تم بين "ب" و "ج" ؟ أو بتعبير آخر فهل من حق "ب" أن يتمســـك في مواجهة "ج" بالبطلان المقضـــي به بينه وبين "أ" ؟

ان الاجابة يجب أن تكون بالنفي ؟ ذلك أن "ب" باعتباره بائعا يقع علـــى عاتقه "التزام بالضمان" في مواجهة "ج" ، والمقرر بهذا الصدد " ان مـــن وجـــب عليه الضمان لا يملك التعرض ". (qui doit garantie ne peut évincer)

على أن اعمال هذا المبدأ في اطار الحقوق العينية ، يبقى مرهونـــا بضـــرورة احترام القواعد الواردة بقانون التوثيق والشهر العقاري .

<u>ولكن كيف يتم حل الاشكال دون المساس بمبدأ رجعية البطلان؟</u>

ان الحل المنطقي والعادل لحل هذا الاشكال هو تحقيق مبدأ الاستـــرداد بمقابل بين "أ" و "ب" عـــوض الاسترداد العيني ، وبناء على ذلك فان "ب" لا يعيد الى "أ" العقار موضوع التصرف الباطل لأنه لا يمكن نزعه من "ج" وانما يعيد اليه ثمن هذا العقار ونظرا الى أن "أ" يكون ملزما بأن يعيد الى "ب" ما أخذه تحقيقا لمبدأ الاسترداد ، فانه يتم اجراء مقاصة بينهما (1).

هذا ، ومما تجدر ملاحظته أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت الى أبعد من ذلـــك اذ قررت أن دعوى "ب" في المثال السابق ، تكون غير مقبولة ، ذلك أن "ب" حينما قام بتصرفه في المال الذي تلقاه بمقتضى التصرف الباطل فانه يكون قد فـــوت على نفسه الحق في طلب بطلان التصرف الباطل الذي أجراه ، فضلا عن أنـــه حينمـــا تصرف في المال ، يكون قد وضع نفسه في حالة استرداد الشيء موضوع التصرف الذي

---

(1) فلور وأوبير / المرجع السابق ، بند 361 ، ص 281.

يتقرر بمقتضى مبدأ رجعية البطلان (1).

على أن هذا الاتجاه القضائي قد انتقد بشدة من طرف الفقه (2)، لأن اعتماده يحول دون رفع دعوى البطلان ، على الرغم من أن التصرف الباطل لم يستقر بعد بتقادم الدعوى أو باجازته .

(2) القيود المؤسسة على اعتبار ضمان استقرار المعاملات:

لقد لاحظنا ان فكرة الرجعية تؤدى الى خطر جسيم بالنسبة الى الغير، اذ كيف يمكن لمن تعاقد مع شخص ما أن يتأكد من أن هذا الشخص (المتعاقد معه) قد اكتسب الشيء موضوع التصرف بموجب تصرف صحيح ؟ ثم ان تطبيق مبدأ الرجعية على اطلاقه يمس مبدأ استقرار الأوضاع القانونية ، ولذلك فان هذه الاعتبارات ومثيلاتها قد أدت الى وضع قيود أخرى للحد من غلواء مبدأ الرجعية.

ولو حاولنا حصر هذه القيود لوجدناها تتحدد بميادين أربعة تتمثل في : اعمال الادارة ، وفي المنقولات ، و العقارات ، والشركة الباطلة .

أ- فبالنسبة الى اعمال الادارة : من المقرر في أعمال الادارة وخاصة عقود الايجار انها اذا كانت قد أبرمت بحسن نية تبقى قائمة حماية لاستقرار التعامل، على الرغم من تقرير بطلان سند ملكية المؤجر ، وذلك لأن هذه الأعمال غالبا ما تكون قليلة الأهمية ويتم اجراؤها بسرعة ، وأنه نظرا للسرعة المحيطة بها كثيرا ما يستحيل التحقق من مدى حق المتصرف في اجرائها ، فضلا عن أنها تقرر حقوقا مؤقتة ، و تتعلق بأعمال غالبا ما يكون اجراؤها ضروريا (3).

ب) وبالنسبة الى المنقولات : فان المقرر بصددها وفقا لما تقضي به المادة 835 من القانون المدني ان الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية ، واذن، فانه يكون من حق الشخص الذى حاز منقولا بسند صحيح وتوافر فيه شرط حسن النية وقت حيازته أن يتمسك بهذه الحيازة ليواجه الدعوى التي قد يرفعها ضده المالك الحقيقي لهذا المنقول .

---

(1) نقض مدني فرنسي 1928/12/17 دالوز الدورى لسنة 1929 ، ص 52 .
(2) جودميه/ الالتزامات ، المرجع السابق ، ص 165 .
(3) بلانيول وريبير / المرجع السابق ، ج 6 ، بند 327 .

وتطبيقا لهذا الحكم المنصوص عليه في المادة 835 مدني ، فانه اذا ما تقرر بطلان عقد بيع منقول وكان الشيء المبيع قد تم التصرف فيه للغير فانـــه لا يجوز للبائع الأصلي أن يستعيد المال المنقول من المتصرّف اليه (الغير) اذا توافرت في المتصرف اليه الشروط الواردة في هذه المادة (1) لأن المنقول كثير الحركـــة وغير ثابت في مكان واحد ، ولأنه يصعب التحقـق من المتصرف فيه ، هل يملـك الحق في التصرف فيه أولاً ؟ .

ج) ـ وأما بالنسبة الى العقارات ، فان مبدأ الرجعية المقرر كأثر للبطـــلان يرد عليه قيدان :

القيـد الأول : يتعلق بالتقادم المكسب ، والذى بمقتضاه يصبح حائز العقار مالكا له متى مرت على حيازته له مدة خمس عشرة (15) سنة تطبيقا لحكم المادة 827 مدني أو بتقصير هذه المدة الى عشر (10) سنوات اذا كان الحائز يتوافر فيه حسن النية وقت حيازته وكانت حيازته تستند الى سند صحيح طبقا للمادة 828 مدني (2) ، وذلك حماية للحائز حسن النية .

وأما القيد الثاني : فيعتبر تطبيقا لنظرية الوضع الظاهر (3). ومؤدى هـذه النظرية أن شخصا ما قد يتصرف بحسن نية مع آخر اعتقادا منه أنه المالك للشـيء موضوع التصرف ، ثم يتضح فيما بعد أن المتصـرف في هذا الشيء كان غـيـر مالك له ، وذلك كما اذا كان المتصرف قد تلقى هذا الشيء بموجب عقد باطـــل بطلانا مطلقا أو بعقد قابل للابطال وقد تقـرر بطلانه بحكم ، ففي مثل هـذه الحالة يثـار التساؤل عما اذا كان المتصرف اليه سيتأثر بهذا البطـلان أولاً ؟

---

(1) في تحليل هذه الشروط يراجع : الدكتور السنهوري/ الوسيط ، ج 9 ، بند 438 وما بعده ، ص 1126 وما بعدها ، وهو بصدد تحليله للمادة 976 مدني مصري والذي جاء نص المادة 835 مدني جزائري مطابقا لها .

(2) في تحليل صورتي التقادم المكسب المشار اليهما في المتن يراجع مؤلف الدكتور السنهوري الوسيط ج 9 ، المرجع السابق ، بند 371 وما بعده ، ص 992 وما بعدها ، وبند 417 وما بعده ، ص 1077 وما بعدها ، وهو بصدد تحليله للمادتين 968 و 969 مدني مصري اللتين تضمنتا نفس الأحكام الواردة في المادتين 827 و 828 مدني جزائري .

(3) الدكتور محمود جمال الدين زكي /حسن النية في مجال اكتساب الحقوق الخاصة ، القاهرة 1952 ، بند 56 وما بعده ، ص 98 وما بعدها
Mahmoud Gamal Eddine Zaki, la bonne foi dans l'acquisition des droits en droit privé, le Caire , 1952.

والدكتور حلمي بهجت بدوى /آثار التصرفات الباطلة ، القسم الثاني من بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، السنة الرابعة 1934 ، بند 102 وما بعده ، ص 344 وما بعدها .

والمقرر في هذا الصدد أنه متى ثبت أن المتصرف اليه كان حسن النية ، واستند الى ظاهر الأمور ، واعتقد أن المتصرف لصالحه هو المالك للشيء موضوع التصرف فانه تجب حمايته من آثار البطلان ، ومن ثم لا يلزم بالرد ، ولا يتأثر بالبطلان الذى لحق التصرف السابق على تصرفه .

والواقع هو أن نظرية الوضع الظاهر ما هي الا تطبيق للمبدأ الشهير الذى يقرر أن الخطأ الشائع يولد الحق (ERROR COMMUNIS FACIT JUS)(1).

وقد اعتمد هذا المبدأ القضاء الفرنسي وان كان قد استقر على أنه لا يكفي في الخطأ أن يكون شائعا لكي يكون مصدرا للحق بل يشترط في هذا الخطأ ان يكون ناجما عن اعتقاد راسخ بان المتصرف هو المالك للشيء موضوع التصرف(2)
(l'erreur doit être invincible).

هذا ، ونحن بصدد تحليل نظرية الوضع الظاهر ، نشير الى أمرين :

أولهما : اذا كانت فكرة الخطأ الشائع قد استقرت في الفقه والقضاء الحديث ، فانها قد واجهت بادئ الأمر معارضة شديدة من طرف الفقيه " لوران " الذى هاجمها بقوله : " نحن نحتج بشدة على المثل الذى يقرر أن الخطأ الشائع يولد الحق ، اذ أنه بذلك يعطي للخطأ قوة القانون ، واذن ، فكيف ينزل الخطأ منزلة القانون في حين أن القانون هو الحقيقة الأبدية ، وان اضفاء قوة القانون على الوقائع التي ترتكز على الخطأ حتى ان كانت عامة وشاملة ، من شأنه أن يؤدى الى هدم النظام الأخلاقي (ordre moral) ذلك أن الوقائع لا تحكم العالم وانما الذى يحكمه هو القانون والعدالة ، فاذا ما تعارضت الوقائع مع القانون ، فانه يجب تغليب القانون ، ويتعين أن تتلاشى الوقائع ، واذن ، فيجب علينا ان نهاجم هذه الوقائع بدلا من أن نعترف لها بقوة القانون "(3).

وثانيهما : ان فكرة الاعتقاد الراسخ ، التي ترتكز عليها نظرية الوضع الظاهر لا تعني أن الأمر يتعلق بعيب من عيوب الرضا بالنسبة الى الشخص الذى كان ضحية

---

(1) في تحليل هذا المبدأ ، يراجع : مازو / في المبدأ المقرر بأن " الخطأ الشائع يولد الحق ، مقال منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني ، لسنة 1924 ، ص 929 وما بعدها ،
MAZEAUD, la maxime " error communis facit jus ", revue trimestrielle de droit civil, 1924.

(2) على سبيل المثال : نقض فرنسي ، الغرفة الأولى ، 2 نوفمبر 1959 ، منشور في ج . س . ب J C P لعام 1960 ، ج 2 ، بند 11456 مع تعليق ايسمان Eisman.

(3) لوران / مبادئ القانون المدني ، ج 13 ، بند 281 ، وما بعده .

هذا الاعتقاد ، بل إنها تجد مصدرها في فكرة الوضع الظاهر الذى أنشأه المالك غير الحقيقي ، والمتمثل في حيازته للشيء موضوع التصرف ، وظهوره أمام الملأ بمظهر المالك الحقيقي والشرعي له (1).

ومما يدل على أن الأمر يتعلق بحماية الوضع الظاهر وليس بعيب من عيوب الرضا أن القضاء الفرنسي لا يفرق بصدد الاعتقاد الراسخ بين " الغلط في القانون " و " الغلط في الواقع " (2).

ومن الأمثلة التطبيقية لنظرية الوضع الظاهر ما نص عليه المشرع الجزائرى بمقتضى المادة 885 مدني من أنه " يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته ... اذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت ابرام عقد الرهن " . ومفاد هذا النص أنه اذا قام مدين برهن عين رهنا تأمينيا الى دائن مرتهن ، وكان هذا الدائن يعتقد أن المدين هو المالك فعلا للعين المرهونة ، وكان يجهل وجود أى سبب من شأنه أنه سيفضي الى بطلان ملكية المدين الراهن للعين المرهونة ، ثم فوجىء بصدور حكم ببطلان سند ملكية مدينه الراهن لاحد أسباب البطلان المقررة ، فان العين ، وان كانت ستعود الى مالكها الأول ، فانها ستعود اليه مثقلة بالرهن الذى أبرم عليها حماية للدائن المرتهن (3).

ومن بين الحالات الأخرى التي تعتبر تطبيقا لنظرية الوضع الظاهر أيضا ما قرره المشرع الجزائرى بمقتضى المادة 742 تجارى من أن بطلان شركة تجارية يجعل منها شركة فعلية أو شركة واقعية (SOCIETE DE FAIT) ، بحيث يقتصر أثر البطلان في مثل هذه الحالة على الشركة . أما بالنسبة الى الغير الذى تعامل معها وهو حسن النية ، فان الشركة تظل قائمة فعلا ، حماية لهذا الغير الذى اطمأن الى قيامها وتعاقد معها بحسن نية (4).

---

(1) د وبريز (جان) / الرجعية في التصرفات القانونية ، المرجع السابق ، بند 267، ص347.

(2) د يكوتينيس / الغلط في القانون ، مقال منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1951، ص 309.
(DECOTTIGNIES, l'erreur de droit, revue trim. dr. civ. 1951, P. 309.)

(3) يراجع في ذلك السنهورى / الوسيط ، ج10 (المتعلق بالتأمينات الشخصية والعينية) ، بيروت 1970، بند 143، ص314 ومابعدها ، وهو بصدد تحليله للمادة 1034 مدني مصرى التي جاء نص المادة 885 مدني جزائرى مطابقا لها .

(4) يراجع في الأحكام القانونية المنظمة للشركة الفعلية في القانون الجزائرى ، الدكتور أحمد محرز / القانون التجارى الجزائرى ، ج2 ، (الشركات التجارية) طبع 75 ، بند 74 ومابعده ، ص92 ومابعدها .

الفصـــل الثانـــي
×××××××××××××××

آثـار البطـــلان فـي الفقـه الاسلامـي
××××××××××××××××××××××××××

نعالج في هذا الفصل الآثار التي تترتب على بطلان التصرف في الفقه الاسلامـي ، مراعين في ذلك الأوصاف التي أضفها الفقهاء المسلمون في تقسيمهم للتصرف،و الآثار التي رتبوها على كل نوع منه ،و ذلك وفقا للاجتهادات التي درج عليها الجمهـور ، و التي انفرد بها فقهاء المذهب الحنفي خاصة ، و قد رأينا ان نتعرض لحكم التصرف الباطـل في مبحث أول ،ثم نردفه ببيان حكم التصرف الفاسد في مبحث ثان ،و أخيرا نعالج حكم التصرف الموقوف في مبحث ثالث .

المبحـث الأول
++++++++++++++++

حكم التصـرف الباطـل
++++++++++++++++++++++

لقد سبق القول بان العقد[1] الصحيح هو ما كان مشروعا بأصله[2] ووصفه[3] و لم يتعلق حق الغير به ،و لا خيار فيه.[4]

و أوضحنـــا أيضا ان البطلان هو عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتبارى و آثاره في نظر الشارع ، و من ثم التصرف غير الصحيح يشمل عند الحنفيـــة التصرف الباطل ، و التصرف الفاسد على عكس جمهور الفقهاء الذين يرون أن التصرف الباطل هو غير التصرف الصحيح لا فرق بين باطلـه وفاسده ،و من ثم فان التصرف الباطل عند الأحناف هو ما اختل ركنه أو محله ،أو ما ليس مشروعا بأصلـه و لا بوصفه ،أى انه قد وقع مخالفا لناحية جوهرية فيه سواء أكانت ذاتية (أي متعلقة ببعض الأوصاف المشروطة شرعا في مقومات التصرف و أركانه) أم كانت شكليـــة

---

(1) باعتباره أحد نوعي التصرف القانوني .

(2) يقصد بأصل العقد : ركنـه ،و محله ،فالركن : هو الايجاب و القبول ،و المحـل : محل العقد ، و معنى كون الركن مشروعا ألا يعرض له خلل كأن يصدر كل منهمـا أو أحدهما من مجنون ،أو صبي غير مميز ،و معنى كون المحل مشروعا أن يكون مالا متقـــوما .

(3) يقصد بوصف العقد ما كان خارجا عن الركن و المحل ككون المبيع غير مقدور التسليم ،أو البيع الى أجل غير معين ، لما في هاتين الصورتين من الغـرر .

(4) الدكتور وهبة الزحيلي / الفقه الاسلامي و أدلته الشرعية ،ج 4 ،المرجع السابق ،ص 424 .

محضة.[1]

هذا ، و الاجتهادات في الفقه الاسلامي تختلف في بعض النواحي من النظام التشريعي ، هل هي جوهرية أساسية يترتب على مخالفتها بطلان كلي ، أو فرعية لا توجب بطلان التصرف من أصله ، و انما تحدث خللا آخر يسمى فسادا فيكون العقد معه في مرحلة وسط بين الصحة و البطلان أي ما يمكن ان نطلق عليه بلغة الفقه الحديث : انه قابل للابطال.[2]

و مهما يكن ، فان النتيجة الأساسية للبطلان تجعل التصرف يفقد حكمه ، ولا يترتب عليه الأثر المقرر له شرعا في حال صحته ، و من ثم فان العقد اذا تقرر بطلانه يبقى موجودا من حيث الصورة فقط ، و لكنه يفقد قوته في ترتيب الأثر المقرر له شرعا .

غير أن هذا الأصل العام ترد عليه حالات استثنائية تجعل العقد بالرغم من بطلانه تترتب عليه بعض الآثار التي تترتب على العقد الصحيح ، و هذا ما نعالجه فيمايلي :

المطلب الأول

الآثار الأصلية المترتبة على العقد[3] الباطل

أولا : العقد الباطل لا ينتج أثرا : و مؤدى هذه القاعدة ان التصرف الباطل اذا كان عقدا لا ينشئ الالتزامات المقررة له ، و اذا كان اقرارا لم يؤخذ به صاحبه ، و اذا كان ابراء لم يسقط به الالتزام[4] ، و اذن ، فالعقد لا يعتبر منعقدا فعلا و ان وجدت صورته في الخارج فلا يفيد الملك[5] مثل عقد الصبي غير المميز ، و المجنون ، وبيع ما ليس بمال كالميتة ، أو ما ليس بمتقوم كالخنزير اذا كان أحد المتعاملين مسلما . أي ان العقد الباطل لا يترتب عليه أي حكم أصلا.[6]

(1) الأستاذ مصطفى احمد الزرقاء/ المدخل الفقهي العام ، ج 2 ، الطبعة السابعة ، بند 346 و 347 ، ص ص 657 - 658 .
(2) الأستاذ مصطفى الزرقاء / المرجع السابق ، بند 347 ، ص ص 659 - 660 .
(3) باعتباره أحد نوعي التصرف القانوني .
(4) الأستاذ مصطفى الزرقاء/ المدخل ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 663 .
(5) الدكتور وهبة الزحيلي / المرجع السابق ، ج 4 ، ص 425 .
(6) الأستاذ مصطفى الزرقاء / المرجع السابق ، ج 2 ، ص 663 .

واذن ،فاذا تعلق الأمر بعقد بيع باطل مثلا،فان المشترى لا يملك الشيء المبيع ، حتى لوتم قبضه للشيء باذن البائع .

ثانيا : الزام كل من الطرفين بالاسترداد :

اذا قام الطرفان بتنفيذ عقد باطل فان كلا منهما يكون ملزما بان يرد الى الاخر ما تلقاه منه ، وله أن يسترد ما سلمه اليه (1) حتى لولم يكن أحدهما عالما بسبب البطلان ، فان كان العقد الباطل لا زال لم ينفذ فانه - حينئذ - لا يكون لأى من الطرفين أن يطالب الاخر بتنفيذه .

وترتيبا على ذلك ،فلو تعلق الأمر بعقد بيع باطل ،فانه لا يحق للبائع أن يلزم المشترى بدفع الثمن ، كما أن المشترى لا يتمتع بحق مطالبة البائع بتسليم الشيء المبيع .

هذا ، وبعض الفقهاء المسلمين يوسعون من نطاق الاثار المترتبة على العقد الباطل فيقررون - بهذا الصدد - أنه اذا تصرف المشترى في الشيء المبيع له بعقد باطل بعد قبضه فانه يجوز للبائع أن يسترد المبيع من يد المشترى الثاني على أساس أن العقد الباطل لا ينقل الملكية الى المشترى ذلك أن تصرف المشترى في المبيع للغير الذي تلقاه في العقد الباطل ، يعتبر كأنه قد باع ملك الغير ، وبذلك يبقى هذا البيع متوقفا على اجازة المالك أى البائع ، فان لم يجز المالك البيع الحاصل من طرف المشترى الأول ، كان له حق استرداد الشيء المبيع .

على أن ظاهر مذهب الامام مالك لا يجيز الاسترداد في حالة ما اذا كان المتصرف اليه الثاني قد تلقى ملكية الشيء المبيع بعقد بيع صحيح أو هبة أو صدقة وذلك حماية الغير (3).

على أنه ، في ظل المذهب المالكي ، اذا فات على البائع استرداد الشيء المبيع من المشترى لكونه استهلكه أو تصرف فيه ،،فانه يرد الى البائع إما قيمة الشيء المبيع

---

(1) الدكتور عبد المجيد الحكيم/الموجز في شرح القانون المدني العراقي ،المرجع السابق ج 1،ص 301 .

(2) الشرح الكبير للشيخ الدردير ،الجزء الثالث ، ص 675 والأستاذ مصطفى الزرقاء/ المدخل ،ج 2 ، المرجع السابق ،بند 358 ، ص 671 .

(3) الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير/ج 3، ص 74 .

ان كان قيميا ،أو مثله إن كان مثليا (1).

ثالثا : العقد الباطل لا ترد عليه الاجازة:

الاجازة تصدر عن المجيز بارادته المنفردة ، فبها وحدها يقرر الانسان تصرفا قائما موقوفا جعل له الشارع فيه حق الاقرار أو الرفض .

ونظرا لأن العقد الباطل ليس له أي وجود شرعي وانما هو لغو عديم الاعتبار في نظر الشرع ، فانه ليس من المتصور أن ترد عليه الاجازة ، اذ أن الاجازة لا تلحق الا التصرفات التي تعتبر موجودة من الناحية الشرعية ، ونتيجة لذلك فان الفقهاء قرروا أن التصرف اذا كان باطلا لعدم أهلية العاقد كما لو باع المجنون، أو وهب الصغير المميز شيئا من ماله ، ثم عقل المجنون أو بلغ الصغير وحصلت منهما اجازة التصرف السابق فانه لا يجوز ، لأنه حين نشأته ولد باطلا فلا يقبل الاجازة (2). نعم ، لكل منهما ان أراد الحفاظ على التصرف تجديد انشائه (3).

واذا كان التصرف باطلا ،فان المقرر ان لكل ذي مصلحة الحق في التمسك بالبطلان ،فان تعلق الأمر بعقد بيع باطل فانه يكون من حق أي من الطرفين ان يمتنع عن تنفيذه .

المطلب الثاني

الاثار العرضية المترتبة على العقد (4) الباطل

على أنه اذا كان المقرر هو ان العقد الباطل لا ينتج أي أثر لأنه معدوم الوجود من الناحية الشرعية ،فانه قد ينتج آثاراً عرضية بصفته واقعة مادية وليس

---

(1) الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير/ج 3،ص 75،وقد سار في هذا الاتجاه الأستاذ مصطفى الزرقاء في مؤلفه المدخل للفقه الاسلامي ،ج 2، المرجع السابق ،بند 358، ص 671.

(2) الأستاذ مصطفى الزرقاء /المدخل ، المرجع السابق،ج 2 ،ص 672 وما بعدها .

(3) ومما لا شك فيه أن هناك فرقا بين تجديد العقد واجازته ، ذلك أن تجديد العقد يتوقف على توافق الارادتين بخلاف الاجازة فانها تصدر عن ارادة منفردة ،كما أن أثر العقد المجدد يبدأ من تاريخ تجديده على عكس الاجازة فان لها أثرا رجعيا أي تعود الى تاريخ نشوء التصرف المجاز .

(4) باعتباره أحد نوعي التصرف القانوني .

تصرفا شرعيا ، على أن أهم هذه الاثار تتمثل في انتقال الضمان الى المشترى ، وترتيب بعض آثار عقد الزواج الباطل ،وانتقاص العقد وتحوله .

<u>أولا : انتقال الضمان الى المشتري :</u>

لقد أسلفنا أن العقد الباطل لا ينتج أى أثر قانوني ، ومن ثم ، فلو فرضنا قيام عقد بيع باطل ، وان البائع فيه قام بتسليم الشئ المبيع الى المشترى ، وأن الشيء المبيع هلك في يد هذا الأخير فانه في هذه الحالة يتعين أن تكون تبعة الهلاك على البائع وليست على المشترى ، والعلة تكمن في أن المشترى قد قبض المبيع باذن البائع ودون ان تنتقل الملكية اليه ،فيكون المبيع حينئذ بمثابة أمانة في يد المشترى ، ومن ثم فان هلاكه على البائع ، لأن هلاك الأمانة يقع على مالكها .

على انه اذا كان هذا التصور محتملا ،فان ذلك لا يمنعنا من القول أيضا بان الشيء المبيع قد وضع تحت تصرف المشترى بموجب عقد باطل ، وأن هذا العقد باعتباره واقعة مادية متى اقترن بواقعة التسليم ، فانه ينفي اعمال فكرة الأمانة، لأن المشترى يكون قد تلقى الشيء المبيع في هذه الحالة بغية تحقيق مصلحة خاصة به تتمثل في انتفاعه بالشيء المبيع ، وليس على سبيل الأمانة .

والواقع هو أن كلا الرأيين كان له صدى لدى الفقهاء المسلمين ،فمثلا في اطار الفقه الحنفي نجد اتجاهين ، الاتجاه الأول : يجعل يد المشترى يد أمانة [(1)] ولا يرتب على اقتران التسليم بالبيع الباطل أي أثر ، فيجعل الهلاك على عاتق البائع اعمالا لقواعد الأمانة ،أما الاتجاه الثاني وهو المعتمد في المذهب الحنفي، والمعمول به أيضا في ظل مذهب الامام مالك فيرى أن التسليم متى تم قد حصل لصالح المشترى لأنه يحقق مصلحة خاصة به ،فتكون يده يد ضمان ، ومن ثم فان الهلاك يكون عليه لا على البائع [(2)] قياسا على ما يعرف " بسوم

(1) وعلى هذا الإتجاه ذهبت المجلة في المادة 370اذ جاء نصها " البيع الباطل لا يفيد الحكم اصلا ،فاذا قبض المشترى المبيع باذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة في يد المشترى ، فلو هلك بلا تعد لا يضمنه".

(2) الشيخ أحمد الدردير في الشرح الكبير ،هامش حاشية الدسوقي ،ج3 ،ص ص 70-71، الذى يرى أن المبيع اذا كان قائما فان المشترى يرده وجوبا ويحتفظ بما انتفع به مقابل الضمان اذ أن الغلة بالضمان .

الشراء " (1)، وبذلك فان " البيع الباطل وان لم يترتب عليه حكمه قد كان له في قبض المبيع أثر وصفي جعله مضمونا " (2).

ثانيا : عقد الزواج :

اذا كان عقد الزواج باطلا وفقا لما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، أو فاسدا وفقا للتفرقة التي يأخذ بها المذهب الحنفي بين البطلان والفساد (3)، فان العقد لا يكون له أي وجود شرعي ولا تترتب عليه آثاره الشرعية كحل الاستمتاع، ووجوب النفقة ، والتوارث (4) بحال من الأحوال.

على أن عدم توافر شرط الوجود الشرعي للعقد الباطل (أو الفاسد في المذهب الحنفي) لا يمنع هذا العقد اذ اقترن بالدخول بالزوجة (5) من ترتيب بعض الآثار بوصفه واقعة مادية ، تتمثل في درء الحد عن الزوجين (6)، واستحقاق الزوجة مهر المثل (7) وثبوت نسب الأولاد من الأب (8) ووجوب الاستبراء من

---

(1) ويقصد " بسوم الشراء " أن المشترى يقبض الشيء من صاحبه على أن اذا أعجبه اشتراه منه ، فاذا هلك في يد المشترى فيكون الهلاك عليه ، (يراجع مؤلف عبد المجيد الحكيم / الموجز ، المرجع السابق ، ص 303).

(2) الاستاذ مصطفى الزرقاء / المرجع السابق ، ج 2، ص 667.

(3) وهي التفرقة التي اعتمدها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الصادر بقانون رقم : 84-11 بتاريخ 1984/06/09 خاصة في المواد من 32 الى 35 منه .

(4) الدكتور محمد كامل مرسي / الالتزامات ، ج1، ص 529 وما بعدها ، والدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز ، المرجع السابق ، ص 302.

(5) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 4، ص 267 وما بعدها .

(6) ذلك لأنه لو وجد هذا العقد لقلنا ان العلاقة القائمة بينهما كانت عبارة عن زنى توجب الحد شرعا .

(7) أعطى المشرع الجزائري للمرأة في الزواج الفاسد مهر المثل بصفة مطلقة في حالة عدم تسميته ، على عكس الفقه الاسلامي الذي جعل لها الأقل من المهر المسمى في حالة تحديده في العقد الفاسد ، أو الأقل من مهر المثل ، أي من مهر مثيلاتها من قريباتها ممن تتوفر فيهن صفاتها : جمالا، وسنا ، ومستوى ثقافيا ، ومركزا .

(8) ذلك أن نسب المولود بزواج باطل أو فاسد يثبت من أبيه وأمه حفاظا على الولد الذي لم يرتكب اثما ، مع وجوب التفريق بين الزوجين في جميع حالات الزواج الباطل أو الفاسد . هذا وقد نص المشرع الجزائري على أن نسب الولد يثبت من أبيه اذا جاءت به أمه في مدة الحمل ، وأقلها ستة أشهر من تاريخ الدخول ، وأقصاها عشرة أشهر ، بمقتضى المادة 42 من قانون الأسرة بينما جمهور الفقهاء يحددون أكثر مدة الحمل بسنة .

تاريخ المفارقة بينهما (1) ، وحرمة المصاهرة (2) .

هذا ، ومما يحسن التنبيه اليه أن هذه الأحكام الاستثنائية لم تترتب على مجرد العقد الباطل ، (أو الفاسد) وانما على فعل الدخول (3) ، لانه لولا وجود هذا العقد لامكن القول بان الاتصال بين الرجل والمرأة كان مجرد زنى لا تأويل فيه لولا استناده الى هذا العقد (4) .

ثالثا : انتقاص العقد في حالة البطلان :

الواقع هو أن هذا الاصطلاح لا وجود له في الفقه الاسلامي ، وان كان هذا لا يمنع من القول بأن الفقهاء المسلمين قد تعرضوا لفكرة انتقاص العقد ، والأدلة على ذلك كثيرة ، ويمكن استخلاصها من نصوص فقهية واردة في المذاهب الأربعة ، ومن قبيل ذلك ما يقرره الفقه المالكي من أنه " اذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أو غير ذلك ، فالصفقة كلها باطلة ، وقيل يصح البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن ، فلو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة صح البيع فيهما ، ولزمه في ملكه ووقف اللزوم في ملك غيره على اجازته (5) .

---

(1) ان وجوب الاستبراء يراعي فيه التأكد من براءة الرحم ، ذلك أنه حين الحكم بالفرقة بين الزوجين اللذين تم زواجهما بمقتضى عقد باطل (أو فاسد) فان الزوجة قد تكون حاملا من هذا الزواج ، وفي حالة ثبوت حملها فان نسب الجنين يثبت من أبيه ، لهذا كان من الضرورة معرفة الزوجة هل هي حامل أو لا ؟

هذا ، ولو مات الزوج بعد أن دخل بالزوجة في نكاح باطل (أو فاسد) فالواجب عليها الاستبراء بالفترة الزمنية المحددة لعدة المطلقة لا لعدة المتوفي عنها زوجها ، وأنها لا تستحق النفقة في فترة الاستبراء لأن النفقة أثر من آثار الزواج الصحيح .

ومما يلفت الانتباه أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا في صياغته للمادة 34 من قانون الأسرة حين تعبيه بلفظ "الاستبراء" ، بدل لفظ "العدة" اذ أن العدة تترتب على انحلال زواج ناشئ بمقتضى عقد صحيح .

(2) يحرم على الزوج بالزواج الباطل (أو الفاسد) بعد الدخول كما يحرم على الزوجة ما يحرم بالمصاهرة ، فلا يجوز له أن يتزوج أمها أو بنتها ، كما لا يجوز لها أن تتزوج أباه أو ابنه .

(3) الدكتور عبد الرحمان الصابوني /قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق ، الطبعة الخاصة ، دمشق 1978-1979 ، ص253 وما بعدها .

(4) الأستاذ مصطفى الزرقاء /المدخل ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص664 وما بعدها .

(5) ابن جزي / القوانين الفقهية ، ص 260 .

ان هذا النص يوضح بكل جلاء أن العقد اذا كان صحيحا في شق منه وباطلا في شق آخر ،فان للمالكية رأيين فيه ،أولهما : يذهب الى ان الصفقة كلها باطلة ،وثانيهما : يرى أنه في مثل هذا الفرض يجب أن نطبق فكرة انتقاص العقد ، فمثلا في عقد البيع نجزىء العقد ، ونزيل الشق الباطل منه ويبقى التصرف قائما بالنسبة الى الشق الآخر منه بقسطه من الثمن ،كما أن البيع اذا كان في شق منه نافذا ،وفي شق آخر موقوفا ، فان البيع يصح في الشقين ،فاذا تمت اجازة الشق الموقوف فان البيع ينفذ في الشقين معا ،أما اذا لم تتم اجازة الشق الموقوف ، فان العقد ينقص بمقدار الشق الموقوف فقط.

واذا كان هذا هو موقف الفقه المالكي ،فان هذا الاتجاه هو المعتمد أيضا في ظل المذهب الحنفي.(1)

أما المذهب الشافعي فان به خلافا فيما يتعلق بجواز انتقاص العقد من عدمه، وقد وجدت فيه ثلاثة اتجاهات.(2)

الاتجاه الأول: يقول بجواز انتقاص العقد في كل الحالات بحيث يبقى الشق الصحيح قائما ويسقط الشق الباطل ،ويثبت للمشترى حق الخيار بين فسخ العقد في الشق الصحيح منه ،وبين امضائه ، فان قرر امضاءه فانه يكون ملزما بدفع الثمن كله في قول ، و يقتصر في قول آخر - على دفع المقابل للشق الصحيح فقط.

أما الاتجاه الثاني :فيمنع اعمال فكرة انتقاص العقد بصفة مطلقة ، بدعوى أن العقد اذا جمع حلالا وحراما فان الأمر يستوجب تغليب التحريم على الجواز ،وتقرير بطلان العقد في الشقين معا .

أما الاتجاه الثالث : فيفرق بين فرضين : الفرض الأول: اذا تعلق الأمر بجهالة الثمن فانه يتعين استبعاد فكرة انتقاص العقد بصفة مطلقة. أما الفرض الثاني: فيتصور فيما اذا كان الثمن معلوما وقابلا للانقسام فانه يجوز اعمال فكرة الانتقاص. كما أن هذا الحكم (أي جواز الانتقاص) هو الذى يسرى بالنسبة الى الحالات التي لا وجود فيها للعوض كالرهن ، أو اذا كان الجهل بالعوض لا دخل له في بطلان العقد كالنكاح .

---

(1) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ،ج 4 ، ص 141 وما بعدها .

(2) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ،ج 4 ،ص 144 .

وفيما يتعلق بمذهب الامام أحمد بن حنبل ، فان الظاهر فيه أنه يجوز انتقاص العقد اذا كان العوض فيه قابلا للانقسام على المحل بالأجزاء ، أوكان العقد موضوع الانتقاص ليس من قبيل عقود المعاوضات كعقد الرهن وعقد الهبة بدون عوض ، اذ في هاتين الصورتين ينعدم عنصر جهالة العوض ، واذن ، ففي ظل هذا المذهب فان محل التصرف اذا كان قابلا للانقسام أو ليس فيه عوض فان الشق الصحيح يبقى قائما ويسقط الشق الباطل منه فقط .

ومن المقرر في هذا الصدد أنه اذا كان المشترى عالما بأن أحد شقي العقد باطل فانه لا خيار له ، لأنه حينما أجرى التصرف كان على بصيرة منه ، أما اذا لم يكن لديه علم بذلك فانه - حينئذ - يثبت له حق الخيار ، على عكس البائع فانه لا يتمتع بأى خيار في هذا الصدد ، لأنه بتصرفه في ملكه يكون قد رضي بزوال ملكه.(1)

وخلاصة القول : ان فكرة انتقاص العقد قائمة في ظل المذاهب الأربعة مع اختلاف في القيود .

المبحث الثاني
++++++++++++++++

حكم التصرف الفاسد
++++++++++++++++++++++++

تمهيد :

سبق أن أوضحنا أن فقهاء الأحناف يتفقون مع جمهور الفقهاء في اعتماد فكرة العقد الصحيح (2) بأنه الصادر من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه ، ولكنهم يخالفونهم بالنسبة الى العقد غير الصحيح ، فبينما يذهب جميع فقهاء المذاهب الاسلامية ماعدا المذهب الحنفي الى أنه مرتبة واحدة ، ويعبرون عنه بـ"العقد الباطل" ، فان فقهاء المذهب الحنفي يجعلونه على مرتبتين : باطل وفاسد.(3) فالباطل هو مالم تتوافر له جميع أركانه ، أو هو العقد الذى ليس مشروعا بأصله ولا بوصفه ، اما العقد الفاسد فهو ماكان مشروعا بأصله لا بوصفه ، أى أن يصدر من أهل له في محل قابل لحكمه ، غير ان الخلل الذى طرأ عليه يجعله

---

(1) يراجع في هذا الصدد : المغني ، ج 4 ، ص 291 .

(2) باعتباره أحد نوعي التصرف القانوني .

(3) الدكتور عبد المجيد الحكيم/الموجز في مصادر الالتزام ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 541 ، ص 298 .

غير سليم بسبب الوصف الملازم له[1] وقد نهى الشارع عنه وذلك كما لو باع شخص الى آخر منزلا واشترط عليه أن يقرضه عشرة ألف دينار مثلا ،ففي هذه الصورة نجد العقد قد استوفى أركانه وشرائطه المعتبرة ، ولكنه اقترن بوصف منهي عنه وهو اشتراط منفعة زائدة ،وقد نهى رسول الله صل الله عليه وسلم عن بيع وشرطه كما نهى عن سلف وبيع ،ونهى أيضا عن بيعتين في بيعه واحدة[2]، ونهى عن بيع السمك في الماء لما فيه من الغرر، ولهذا كان العقد فاسدا.

وفي حالة قيام عقد من هذا النوع فما حكمه ،

بعد استقراء آراء فقهاء المذهب الحنفي استنبطنا أن الحكم عندهم يختلف قبل القبض وبعده ،وذلك على النحو الآتي :

<u>أولا : حكم العقد الفاسد قبل القبض</u> : سبق القول بان العقد الفاسد هو عقد موجود وقائم في رأى الأحناف ،غير أن الشارع لا يقره ولا يرتب عليه أثره القانوني قبل القبض اذ أنه بالرغم من انعقاده بتوافر ركنه ومحله فان الخلل الذى لحقه في وصفه يعرضه للفسخ (الابطال) ، ويفرض على كل من المتعاقدين القيام باجراءات فسخه بالقول أو بالفعل لأنه صار من واجب كل منهما رفع الفساد ، ودرء المعصية المترتبة على مباشرته .[3]

ومنشأ الخلاف بين الجمهور والأحناف يكمن في مدى تكييفهم لأثر الوصف المنهي عنه ، فالجمهور يذهبون الى ان النهي يقتضي عدم وجود العقد شرعا بصفة مطلقة سواء كان النهي راجعا الى أصل العقد أو الى وصف ملازم له ،فهم يرون أن النهي ما دام ورد من الشارع فالتصرف غير مشروع ، ومن ثم فهو عقد باطل لأن النهي يقتضي البطلان ،على عكس الأحناف الذين يرون أن النهي اذا كان

---

(1) اما اذا كان الوصف المنهي عنه غير ملازم للتصرف بل كان مجاورا له فقط كالنهي عن البيع وقت الآذان يوم الجمعة ،فالجمهور يذهبون الى أن التصرف صحيح مع الكراهة على عكس ما اذا كان الوصف المنهي عنه ملازما للتصرف كالنهي عن بيعتين في بيعة واحدة فيقتضي بطلان الوصف فقط لعدم مشروعيته بينما حقيقة العقد تبقى قائمة لمشروعيتها (يراجع في ذلك مؤلف الدكتور بدران أبو العينين بدران/ الشريعة الاسلامية ،نظرية الملكية والعقود ،طبع الاسكندرية ، دون ذكر التاريخ ،ص 487 وما بعدها .

(2) الدكتور حسن على الشاذلي / النظريات العامة في المعاملات في الفقه الاسلامي محاضرات لطلاب الدراسات العليا ،مطبوعة على الاستنسيل ،دون ذكر تاريخ الطبع،ص 24.

(3) الدكتور حسن على الشاذلي / المرجع السابق ، ص 25.

يرجع الى أصل العقد أى الى ركنه ومحله كصدور الرضا من عديم الأهلية لصغر في السن ، أو للجنون ،أوكالنهي عن بيع ماليس بمال كالميتة ،أو غير متقوم ،لا يجوز تملكه بالنسبة الى المسلم كالخنزير والخمر ،فيقتضي بطلان التصرف ومن ثم فلا يترتب عليه اى أثر ، وهم في هذا يتفقون مع جمهور الفقهاء ، أما اذا كان النهي راجعا الى وصف ملازم للتصرف فانه يقتضي بطلان هذا الوصف فقط ،أما اصل العقد فلا يرد عليه البطلان لكونه صادرا من أهله في محله ،ومن ثم فانه يلحقه الفساد فقط ، وهو أقل من البطلان أى في مركز وسط بين التصرف الصحيح والتصرف الباطل فهو دون التصرف الصحيح لأنه فاسد الوصف ،وأقوى من الباطل لأنه سليم الذات ،ونظرا لكونه جاء بينهما فقد اعتبر فاسدا (1)

والجدير بالذكر انه اذا أمكن رفع الفساد (الخلل) بغير الفسخ ،فانه لا حاجة لاتباع أسلوب الفسخ ،فمثلا اذا كان الفساد راجعا للجهالة في المعقود عليه كجهالة المبيع في عقد البيع ،أو اذا كان الفساد راجعا لجهالة العوض في عقود المعاوضات المالية كجهالة الثمن في عقد البيع ،أوجهالة البدل في عقد الايجار ،أوكانت الجهالة راجعة الى آجال التصرف فيما اذا كان عنصر الزمن ركنا لقيامه كجهالة المدة المتعاقد عليها في عقد الايجار ،فانه في جميع هذه الافتراضات وأمثالها اذا أمكن رفع الجهالة التي قد تفضي الى نزاع قبل انفضاض مجلس العقد وذلك بتعيين المعقود عليه مثلا أو بتحديد العوض كثمن البيع أوبدل الايجار ، أوبتحديد مدة الايجار باسبوع أو شهر أوسنة مثلا فان الفساد يرتفع (2) ويصير العقد صحيحا . على انه اذا كان الفساد متصلا في العقد كأن يكون راجعا لأحد البدلين كما اذا كان الثمن في عقد البيع أوكان المبيع ممـا لا يجوز تملكه كالخنزير أو الخمر (أى غير متقوم) بالنسبة الى المسلم فان العقد في هذا الفرض لا يقبل التصحيح .

<u>ثانيا : حكم العقد الفاسد بعد القبض</u>: لقد سبق القول بان العقد الفاسد قبل القبض لا ينتقل به الملك وعلى كل من المتعاقدين فسخه ولوبدون رضاء الطرف الآخر ، وعلى القاضي ان يحكم بفسخه بمجرد علمه به ، على انه اذا تم قبض الشيء ،

---

(1) الدكتور حسن على الشاذلي / المرجع السابق ،ص 37 ، والدكتور بدران أبوالعينين بدران/ المرجع السابق ، ص 487 وما بعدها .

(2) الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء / المدخل الفقهي العام ،المرجع السابق ،ج 2 ، بند 373 ، ص 696 وما بعدها .

موضوع العقد الفاسد ،فما حكمه الشرعي ؟

قبل الاجابة على هذا السؤال ،نشير بداءة الى ان المراد بالقبض هو القبض الصحيح فمثلا اذا تعلق الأمر بعقد بيع فانه يشترط أن يكون المشترى قد قبض الشيء المبيع باذن من البائع أو في مجلس العقد ،سواء كان الاذن الصادر عن البائع صريحا أو ضمنا ،فان كان القبض قد حصل خارج مجلس العقد فانه يشترط فيه ان يكون صريحا ،أما اذا تم داخل مجلس العقد فانه لا يشترط فيه الاذن الصريح لأن قبض المشترى للمبيع دون تعرض من البائع يعتبر اذنا ،ذلك ان البيع - كما هو مقرر - تسليط يد المشترى على محل العقد ،فاذا قبض المشترى المبيع قبل الافتراق و لم يتعرض له البائع كان ذلك التسليط قبضا .(1)

و اذا تحقق القبض ،فان حكم العقد الفاسد يختلف عنه في حالة عدم تحقيقه ، ذلك ان العقد الفاسد في حالة القبض يفيد الملك ،الا أنه و ان كان يفيد نقل الملكية الى المشترى فان هذه الملكية تبقى غير طبيعية بحيث انها لا تصل الى مرتبة الملكية المطلقة المترتبة على العقد الصحيح ، ولذلك ،فانه يقع على عاتق الطرفين وجوب فسخه طالما انه لم يوجد مانع من الفسخ ،اذ في استمراره و الانتفاع به تقرير للفساد .(2) على ان فسخ العقد الفاسد بعد القبض ، يستوجب التمييز بين فرضين :

الفرض الأول : أن يكون الفساد راجعا الى البدل ،اى متعلقا بصلب العقد نفسه كأن يتحدد بالخمر أو بلحم الخنزير سواء كان محلا للبيع أو ثمناً له فان كلا من الطرفين يملك حق الفسخ بدون رضا الطرف الآخر حتى بعد حصول القبض شأنه في ذلك شأن العقد الفاسد قبل القبض(3) وفي هذا يتساوى مع العقد الباطل عند الجمهور .

الفرض الثاني : الا يكون الفساد راجعا الى البدل كالبيع بشرط فاسد ،فقد وجد اتجاهان في هذا الصدد ،أولهما يرى أن الطرف الذى له منفعة الشرط هو وحده الذى يتمتع بحق الفسخ ،فاذا أسقط حقه في منفعة الشرط الفاسد زال سبب الفساد ،وصار العقد صحيحا (4) ،اى انه طبقا لهذا الرأى تحدث عملية انقاص العقد

(1) الدكتور السنهوري/ مصادر الحق،ج 4 ،ص 158 وما بعدها ،و الدكتور بدران أبو العينين بدران / المرجع السابق ،ص 487 .

(2) الدكتور حسن على الشاذلي/ المرجع السابق ، ص 25 .

(3) الكاساني/البدائع،ج 5،ص 301 مشار اليه في مؤلف السنهوري/ مصادر الحق ،ج 4 ،ص 157 وما بعدها ،و الدكتور حسن على الشاذلي / المرجع السابق ،ص 489 .

(4) وهو قول الفقيه محمد صاحب أبي حنيفة ،فقيه من فقهاء المذهب الحنفي .

اى انقاص الشرط الفاسد فيه ،يصبح بمقدور الطرف المتمتع بهذا الحق أن يسقط الشرط الفاسد ويطالب بتنفيذ الجزء الصحيح من العقد ،فاذا ما حصلت عملية الانقاص بازالة الشرط الفاسد الذى لحقه فان الطرف الآخر لا يستطيع ان يتمسك بفسخ العقد[1]

وأما ثانيهما[2] فيرى أن حق الفسخ في مثل هذه الحالة يعطى لطرفي العقد معاه ويعللون وجهة نظرهم بان العقد الفاسد في ذاته غير لازم نظرا للفساد الذى شابه وانه مستحق للفسخ رفعا للفساد الواجب رفعه .

على انه مما تجدر ملاحظته في هذا الصدد ان فسخ العقد بعد القبض يرد عليه مانعان يتعلق أولهما بحالة خروج محل العقد الفاسد عن ملك القابض ، ويشمل ثانيهما حالة تغيير المحل في يد قابضه[3] ونحاول تحليلهما بشيء من الايضاح .

المانع الأول : خروج المحل عن ملكية القابض : ان المشترى بعقد فاسد اذا قبض المبيع ثم تصرف فيه بعد ذلك الى الغير كأن يبيعه ثانية أو يهبه أو يتصدق به أو يوصي به وتنفذ وصيته بعد وفاته ،فان التصرف الصادر من المشترى في المبيع له الى الغير يعتبر مانعا للفسخ ولا يجوز ، لأن البائع لا يستطيع ان يسترد المبيع من يد الغير الذى انتقل اليه الشيء المبيع بعقد صحيح ، وتعلق به حق ثابت له ، اذ لا يصح المساس بهذا الحق الثابت للمتصرف اليه.

على أنه يجب أن يراعى في هذا الفرض أمران . أولهما : ان تصرف المشترى للغير لا ينفذ في حق البائع الا اذا كان التصرف من طرف المشترى لصالح الغير تصرفا لازما ، أى غير قابل للفسخ ،ولم يتقرر فسخه . أما اذا تعلق الأمر بتصرف غير لازم كأن يكون البيع من طرف المشترى لصالح الغير بدوره فاسدا ،أوكان قد تم فسخه اعمالا لخيار الشرط ،فان حق الفسخ يبقى مقررا للبائع[4] وثانيهما : انه اذا استقر التصرف الصادر من المشترى للغير ،فان البائع يستطيع ان يرجع على المشترى بقيمة الشيء أو بمثله وليس له أن يطالبه بالثمن المسمى ،وقد علل الفقهاء ذلك بان القيمة هي الموجب الأصلي في البيوع الفاسدة ، وأنه لا يعدل عنها الى المسمى الا اذا

(1) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ،ج 4 ،ص 161.
(2) وهو قول لأبي حنيفة وصاحبه أبي يوسف .
(3) الدكتور بدران أبو العينين بدران / المرجع السابق ،ص487 . والدكتور حسن علي الشاذلي / المرجع السابق ،ص 26.
(4) الكاساني / البدائع ،ج 5 ،ص ص 301 - 302 ،أورد نصوصا له الدكتور السنهوري في مصادر الحق ،ج 4 ،ص164 ، ومابعدها.

صحت التسمية ،فاذا لم تصح ،تعين حينئذ الرجوع الى الموجب الأصلي (1).

المانع الثاني : تغيير المحل في يد قابضه : يفترض في هذه الحالة ان الشيء المبيع قد يلحقه تغيير بعد القبض في يد المشترى بالزيادة فيه ،أو بالنقصان منه ، أو في صورة المبيع نفسه .

1) فاذا تغير المبيع بالزيادة فيه سواء كانت الزيادة متصلة به كالسمن، أو منفصلة عنه كالثمار ،فالحكم المقرر هو أنه يجوز فسخ العقد ،فاذا فسخ فيكون من حق البائع ان يسترد أصل الشيء و الزيادة التي لحقت به سواء كانت متصلة بمحل العقد أو منفصلة عنه، لأنها تابعة للأصل و متولدة عنه .

2) وفي حالة ما اذا كان تغير المبيع بالنقص منه فانه لا يمنع من الفسخ أيضا ، و ان كانت مسألة استرداد البائع للشيء المبيع تستوجب التمييز بين ثلاثة فروض :

أ) اذا كان النقص راجعا لآفة سماوية أو لفعل الشيء المبيع نفسه ،أو لفعل المشترى ،فان البائع يتمتع بحق استرداد الشيء المبيع مع حقه في قبض قيمة النقص الذى لحق المبيع لأن المبيع بيعا فاسدا يضمن بالقبض .

ب) و ان كان النقص راجعا الى فعل البائع فانه لا التزام على المشترى ،بحيث يتحمل البائع هنا تبعة العمل الذى صدر عنه .

جـ) أما اذا كان سبب النقص يرجع الى فعل صادر عن أجنبي فان للبائع الحق في أخذ قيمة النقص من المشترى ، على انه يمكن للمشترى أن يرجع بهذه القيمة على الغير الذى تسبب بفعله في نقص قيمة محل الشيء المبيع ، كما أن الحق يثبت للبائع في ان يأخذه مباشرة من هذا الغير .

هذا ، ويلاحظ أن المبيع اذا هلك هلاكا كليا في يد المشترى فان الضمان يكون عليه ، وذلك كما في حالة النقص الراجع الى خطأ المشترى ،أى ان المشترى يتحمل تبعة الهلاك ،فيقع عليه ضمان قيمة المبيع أو مثله للبائع (2).

3) أما اذا تغير الشيء المبيع من حيث الصورة كأن يكون في الأصل صوفا ويتم غزله أو كان ثوبا فقطعه المشترى وخاطه قميصا ،أو بطنه وحشاه (3)،أو أن تكون

---

(1) الدكتور السنهورى / مصادر الحق ، ج 4 ،ص 165.

(2) الدكتور السنهورى/ مصادر الحق ،ج 4 ، ص 166 وما بعدها .

(3) الدكتور حسن على الشاذلي / المرجع السابق ، ص 26.

ارضا عارية فيشيد فوقها بناء ، فالمقرر في هذا الصدد أنه لا مجال لا ستعمال حق الفسخ وانما يضمن قيمته أو يرد مثله.(1)

ثالثا : مقارنة بين العقد الباطل والعقد الفاسد في الفقه الاسلامي :

لقد أوضحنا ان فكرة العقد الفاسد من خلق الفقه الحنفي ، وان العقد الفاسد بعد القبض تترتب عليه آثار معينة ، بحيث اذا قبض المشتري الشيء المبيع قبضا صحيحا باذن البائع أو في مجلس العقد ، فان ملكيته تنتقل اليه ، وتفيد جواز التصرف ولا تفيد الانتفاع بعين المملوك كأكله ان كان طعاما (2) أو ركوبه ان كان سيارة وذلك لأن هذه الملكية لا يظهر أثرها الا اذا تصرف المشتري في الشيء الذي تلقى ملكيته بعقد فاسد للغير ، أو اذا تغيرت صورة المبيع .

والمقارنة بين العقد الفاسد والعقد الباطل تترتب عليها عدة آثار (3) من بينها ما يلي :

1) ان العقد الفاسد ـ شأنه في ذلك شأن العقد الباطل ـ لا ينتج بصفته تصرفا شرعيا أي أثر قانوني ، وان كان العقد الفاسد يختلف عن العقد الباطل في أن له وجودا قانونيا لأنه انعقد ، غير أن وجوده يبقى مهددا بالزوال (4) ذلك أن العقد الفاسد يبقى قابلا للفسخ ، فاذا لم يتم القبض يستطيع كل من العاقدين أن يفسخه دون توقف على رضا الطرف الآخر ودون حاجة الى حكم قضائي سواء بالقول كالتصريح بالفسخ أو البطلان ، أو بالفعل كالمماطلة لتحقيق الاسترداد .(5)

2) اذا كان العقد الفاسد يرجع فساده الى اقتران العقد بشرط فاسد ، فاذا ما حصل انتقاص للعقد أو اسقاط للشرط الفاسد الوارد به ، فان العقد الفاسد يستطيع أن ينتج ـ حينئذ ـ كل الآثار المرتبطة به باعتباره تصرفا شرعيا وان كان انتاج هذه الآثار

---

(1) الكاساني / البدائع ، ج 5 ، ص 303 و 304 ، مشار اليه في مصادر الحق ، ج 4 ، ص 168 .

(2) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 4 ، ص 169 ، والدكتور حسن علي الشاذلي / المرجع السابق ، ص 25 .

(3) يراجع في هذا الصدد الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 4 ، ص ص 170-171 ، والدكتور شفيق شحاتة / النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية (بالفرنسية) ، بند 170 و بند 172 .

(4) وفي هذا يتفق مع العقد القابل للابطال .

(5) الدكتور حسن علي الشاذلي / المرجع السابق ، ص 25 .

ليس هو العقد الفاسد ،بل العقد الصحيح الذى يتم استخلاصه من العقد الفاسد بازالة سبب الفساد .

3) ان العقد الفاسد ، قد ينتج أثارا قانونيا بصفته واقعة مادية شأنه في ذلك شأن العقد الباطل، ويتمثل هذا الأثر في انتقال الضمان الى المشترى،اذ المقرر في هذا الصدد أن العقد الفاسد متى اقترن بالقبض وكان هذا القبض قد حصل باذن البائع أو في مجلس العقد ، فان المشترى يكون قد قبض المبيع بغية تحقيق مصلحة خاصة به ، فتصبح يده بناء على ذلك -كما أسلفنا- يد ضمان وليست يد أمانة ،بحيث اذا هلك الشيء المبيع في يده ، يكون ضامنا لقيمته ان كان المبيع من الأشياء القيمية ،أو لمثله ان كان المبيع من الأشياء المثلية .

4) ان العقد الفاسد يتميز عن العقد الباطل فيما يتعلق بوجوده الفعلي كواقعة مادية ، ذلك أن العقد الفاسد ينتج أثرا عرضيا ، غير أن هذا الأثر لا يرتبط بالوجود الفعلي للعقد الفاسد كواقعة مادية ، بل ان مرجعه هو الشرع الذى تولى ترتيب هذا الأثر المتمثل في حماية الغير الذى تصرف اليه المشترى بعقد صحيح خاصة اذا ما أخذنا بعين الاعتبار أنه لا وجود لفكرة الشهر الذى يسمح للغير بأن يتعرف على الفساد الذى يشوب العقد ، لذلك فان الفقه الحنفي قد لجأ الى افتراض مؤداه أن الملكية التي تنتقل الى المتصرف اليه من المشترى ليس مصدرها العقد الفاسد باعتباره تصرفا شرعيا بل انها تكمن في فكرة القبض باذن البائع، والتي تتضمن في حد ذاتها تسليما من البائع الى المشترى يجيز له التصرف في الشيء المبيع[(1)] ومن الواضح أن اللجوء الى هذه الصنعة الفقهية ، يرجع الى الرغبة في حماية الغير ، وذلك حتى لا يتمكن البائع من فسخ البيع الفاسد ، ويسترد العين من يد الغير .

5) وأخيرا ، فان العقد الفاسد يتميز عن العقد الباطل في أنه ينتج أثرا آخر لا تقتضيه طبيعته كواقعة مادية ،وانما لحكمة ابتغاها الشرع تتمثل في حماية المشترى نفسه في عقد البيع الفاسد وليس حماية الغير فقط ،كما رأينا في الحالة السابقة .

ولقد سبق أن أوضحنا أن فقهاء الحنفية قرروا حماية المشتري بعقد فاسد إذا قبض المبيع باذن صريح من البائع أو في مجلس العقد وقام بتغيير صورته تغييراً أخرجه عن صورته الأولى[(2)] فان الشرع يحميه ، ويمنع البائع من استعمال حق الفسخ .

---

(1) يراجع ما سبق، ص395 من هذه الرسالة .

(2) يراجع ما سبق، ص396 من هذه الرسالة .

هذا ، والملاحظ في هذا الصدد ، ان حماية المشتري في هذه الحالة ليس مرجعها العقد الفاسد باعتباره تصرفا شرعيا اذ أن هذا العقد ليس له وجود من الناحية الشرعية وبالتالي لا ينتج أي أثره ولكن نقل الملكية الذي ترتب عليه يكون باعتباره واقعة مادية اقتسرنت بها واقعتان أخريان تتمثلان في الفسخ الصحيح ، وتغيير صورة البيع ، ذلك أن البائع هو الذي سلط المشتري على الشيء المبيع بتسليمه اياه ، أو بعدم التعرض للمشتري حين قيامه بتسليم الشيء المبيع في مجلس العقد ، وذلك يعد سببا كافيا لحماية المشتري.(1)

المبحث الثالث

حكم التصرف الموقوف

سبق أن اوضحنا (2) أن التصرف الموقوف هو التصرف الذي صدر من أهله مضافا الى محله مع سلامة أوصافه ، (3) موقوفا على اجازة من يملكها شرعا من مالك أو ولي أو وصي ، (4) وذلك كتصرف الفضولي في حق الغير بدون اذن شرعي أو كالنائب اذا تجاوز الحدود المرسومة لنيابته ، أو تصرف الصبي المميز في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والاجارة ، أو تصرف السفيه وذي الغفلة ، والمعتوه المميز ، (5) وتصرفات المكره عند الفقيه الحنفي : زفر بن الهذيل ، بحكم أن ارادته ناقصة ، (6) وبيع المريض مرض الموت اذا كان في البيع محاباة جاوزت الثلث ، وتصرفات المدين المعسر اضراراً بدائنيه ، وبيع المدين الراهن للعين المرهونة .

ويمكننا من خلال الأمثلة السابقة أن نرد سبب توقف العقد إما الى إرادة ناقصة ، أو الى محل ناقص ، ويتمثل السبب الأول في الصبي المميز ومن يلحق به كالسفيه وذي الغفلة ، والمعتوه المميز بعد قرار الحجر عليهم ، والمكره في قول زفر ، ويتمثل السبب الثاني في الفضولي ، ونتناولهما بشيء من الايضاح .

---

(1) الدكتور السنهوري/مصادر الحق ، ج 4 ، ص 172 .
(2) يراجع ما سبق ص 153 من هذه الرسالة .
(3) الشيخ أبو زهرة/الملكية ونظرية العقد ، المرجع السابق ، ص 420.
(4) الدكتور عبد الرازق حسن فرج /نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي ، رسالة ، القاهرة 1969 ، ص 3 .
(5) الدكتور السنهوري/مصادر الحق ، ج 4 ، ص 178 .
(6) الدكتور عبد المجيد الحكيم/الموجز ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 308 .

هذا ، ويحسن بنا قبل التعرض لحكم تصرفاتهما أن نبرز أن الغاية المقصودة من التصرف تتجسم في الأثر المترتب عليه كانتقال ملكية المبيع في عقد البيع من البائع الى المشترى ، غير أننا في العقد الموقوف نجد هذا الأثر لا يترتب الا بعد صدور الاجازة ممن يملكها شرعا .

واذن ، فالتصرف الموقوف هو تصرف العقد صحيحا لكونه صادرا من أهله مضافا الى محله ولكن حكمه يتراخى الى حين صدور الاجازة (1) ممن يملكها .

ونستخلص مما سلف ان للتصرف الموقوف خاصيتين جوهريتين :

أولاهما : ان التصرف - بحسب الأصل - يكون صحيحا في فترة توقفه ، أي أنه انعقد صحيحا بحيث لا يكون له وجود مادي فقط ، وانما يكون له وجود شرعي قانوني ، غير أن هذا الوجود لا تترتب عليه آثاره ، ولذلك فينظر اليه من هذه الزاوية على أنه شبيه بالتصرف الباطل ، غير أنه يختلف عنه في أن آثاره موقوفة وليست منعدمة (2) وهذا التوقف لآثاره يجعله في مركز قلق ، فقد يزول التصرف كلية ويصبح كأن لم يكن ، وفي هذا يتساوى مع التصرف الباطل ، وقد يتحصن بالاجازة فيتساوى مع التصرف اللازم النافذ في الحال ، على أساس أن للاجازة أثرا رجعيا الى حين ابرام التصرف ، وبعبارة أدق ، فان الأمر يتعلق خلال هذه المرحلة بمجرد افتراض قانوني ، أي أننا نفترض أن التصرف صحيح فاذا ما تم اقراره ممن له الحق في ذلك قلنا ان التصرف كان متوقفا على شرط واقف هو الاقرار ، فان تحقق هذا الشرط فان التصرف يصير صحيحا منذ لحظة اجرائه .

ثانيتهما : ان التصرف الموقوف لا ينتج أثره الا بعد اقراره من طرف الشخص الذى تعتبر اجازته ضرورية لكي يصبح التصرف صحيحا نافذا . ونتناول حكم التصرف الموقوف في صورتين أساسيتين له وهما : نقص الأهلية ، والفضولي .

<u>حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية:</u>

بما أن القاصر يتصرف نيابة عنه وليه ، فان لم يوجد حل محله الوصي ، وان المحجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة ينصب له قيم يكون بمثابة الوصي ، فان

---

(1) الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ، ص 176 .
(2) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 4 ، ص 181 .

كلا من الولي و الوصي و القيم لا يملك أن يتصرف في مال القاصر أو المحجور عليه تصرفا ضارا ضررا محضا به ، نعم ان كلا منهم يملك أن يباشر لمصلحة القاصر أو المحجور عليه تصرفا نافعا نفعا محضا ، أما التصرفات التي تدور بين النفع و الضرر فيملكهما الولي بشرط ألا يلحق بالقاصر أو المحجور عليه غبنا فاحشا ، على عكس الغبن اليسير وهو ما يتسامح فيه الناس عادة فينفذ في حقه .

وفي حالة ما اذا باشر الصغير المميز تصرفات بنفسه وكانت دائرة بين النفع و الضرر فانها تنعقد صحيحة موقوفة على اجازة الولي أو الوصي فاذا أجازها الولي أو الوصي أو أجازها القاصر بعد بلوغه سن الرشد صارت نافذة في حقه .

حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالملك :

سبق أن أوردنا بعض صور تعلق حق الغير بالملك (1) وأهمها تصرف الفضولي (2) ، و تصرفات المدين الراهن في الشيء المرهون له لدائن مرتهن ، وتصرفات المؤجر في عين ترتب عليها حق الانتفاع للمستأجر ، و تصرفات المريض مرض الموت .

وحكم تصرف الفضولي ينعقد صحيحا ولكنه موقوف (3) فلا ينتج أثره الا باجازة المالك للشيء موضوع التصرف ، واذن ، فيكون لتصرف الفضولي وجود قانوني ولكن أثره يوقف مثل التصرف الصادر من ناقص الأهلية .

وقد أجاز المالكية تصرف الفضولي سواء كان بيعا أو شراء ، وجعلوه موقوفا على اجازة المتصرف عنه بائعا أو مشتريا ، وحجتهم في ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقي دينارا ، وقال : "اشتر لنا من هذا الجلب شاة" ، قال : "فاشتريت شاتين بديناره وبعت احدى الشاتين بديناره وجئت بالشاة و الدينار" ، فقلت : "يا رسول الله ، هذه شاتكم و دينارکم" ، فقال : "اللهم بارك له في صفقة يمينه" .

---

(1) يراجع ما سبق ص ص 153_155 من هذه الرسالة .

(2) الفضولي في الفقه الاسلامي هو من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة وفق ما يتطلبه القانون المدني المصري ، فمثلا من باع ملك غيره دون نيابة أو توكيل من المالك فهو فضولي سواء باعه على أنه مال مملوك له أو على أنه مال مملوك لغيره ، وسواء أعلم المشترى منه بفضوليته أم لم يعلم . يراجع مؤلف الدكتور عبد المجيد الحكيم/الموجز ، المرجع السابق ، ص 309 . و الدكتور السنهوری/مصادر الحق ، ج 4 ، ص 183 .

(3) الدكتور السنهوری/مصادر الحق ، ج 4 ، ص 184 ، و الدكتور عبد المجيد الحكيم/ الموجز ، المرجع السابق ، ص 309 .

فمن هذا الحديث استنبط المالكية الجواز في الصورتين لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع.(1)

بينما الشافعية منعوا الفضولي من التصرف في الوجهين معا، وجعلوه باطلا مستندين الى النهي الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده.(2)

بينما الاحناف أجازوا تصرف الفضولي في حالة البيع وجعلوه موقوفا، ومنعوه في صورة الشراء(3) فاذا ما اشترى لغيره فان أثر هذا التصرف ينصرف اليه. فقد جاء في الفتاوى الخانية "وشراء الفضولي لا يتوقف، ويكون مشتريا لنفسه".(4)

ومن العرض السابق لكل من تصرف ناقص الاهلية وتصرف الفضولي نلاحظ أن التصرف الموقوف يمر بمرحلتين: مرحلة ما قبل الاجازة، ومرحلة ما بعد الاجازة.

حكم التصرف الموقوف قبل الاجازة:

التصرف الذي يباشره ناقص الاهلية ويدور بين النفع والضرر ينعقد صحيحا، ولكنه لا ينتج أثره قبل اجازة الولي او الوصي له، ولا ينفذ قبلها، اي لا تنتقل ملكية المبيع الى المشترى ولا يلزم المشترى بدفع الثمن.(5)

كما ان تصرف الفضولي ينعقد موقوفا على اجازة المالك، وتصرف المدين الراهن في العين المرهونة يتوقف نفاذه على اجازة الدائن المرتهن لتعلق حقه بالعين موضوع التصرف، فان اجازه او قضى المدين الراهن دينه نفذ التصرف لان التوقف كان قد لحقه وقضي بسقوطه.

هذا، ويحق للفضولي ان يرفع دعوى الفسخ قبل اجازة المالك ليدفع التعهد عن نفسه، لانه بعد الاجازة يصير كالوكيل عنه، فيلتزم بالتسليم، وبضمان العيوب الخفية.(6) ولذلك فيمكنه ان يتوقى ذلك الضرر بالفسخ قبل ثبوته.

---

(1) الاستاذ محمد مصطفى شلبي / المدخل، المرجع السابق، ص ص 542 - 543.
(2) ابن رشد / بداية المجتهد، ج 2، الطبعة السادسة، بيروت 1982، ص 172.
(3) الدكتور محمد يوسف موسى / الفقه الاسلامي، مدخل لدراسة، نظام المعاملات فيه، الطبعة الثالثة، القاهرة 1958، ص 395.
(4) الفتاوى الخانية على هامش الفتاوى الهندية، ج 2، ص 173، أورد نصه الدكتور السنهوري/ مصادر الحق، ج 4، ص 190.
(5) الدكتور السنهوري / مصادر الحق، ج 4، ص 181.
(6) الاستاذ محمد مصطفى شلبي / المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي، بيروت 1969، ص 546.

كما يثبت هذا الحق للمشترى منه ايضا تحفظا للزوم العقد في حقه .

وفي حالة هلاك الشيء المتصرف فيه تصرفا موقوفا قبل الاجازة ، فمن يتحمل تبعه الهلاك ؟

للاجابة على هذا التساؤل نقول : اذا هلك الشيء في يد الفضولي فان التصرف يبطل ولا ضمان على أحد(1) ، واذا سلمه الفضولي الى المشترى فهلك قبل الاجازة فللمالك ان يطالب الفضولي او المشترى ، ولا محل حينئذ للاجازة .

<u>حكم التصرف الموقوف بعد الاجازة</u>(2)

التصرف الموقوف اذا اجيز اجازة معتبرة شرعا فانه ينتج أثره مستندا الى وقت انعقاده .

هذا ، ومما تحسن الاشارة اليه هو أن الاجازة تصرف ارادى تصدر من المالك صراحة او دلالة ، فيجب لصحتها ان تتوافر الشروط الآتية :

1) وجود العاقدين وقت صدور التصرف ووقت الاجازة معا . فاذا مات احدهما قبل ان يجيز المالك ، او من له الحق فيها شرعا ، فانها لا تلحق التصرف الموقوف ، اذ ان " الاجازة تصرف في العقد بالابقاء فلا بد من قيامه ، وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه " (3)

2) ان يكون محل التصرف (والثمن ايضا) مازال قائما وموجودا وقت صدور الاجازة ، فاذا حدث أن هلك محل التصرف فان الاجازة لا تصح ، لانها ترد على محل غير قائم وغير موجود ، ومن ثم فان التصرف يبطل من اساسه (4)

3) أن يكون للتصرف مجيز وقت صدوره ، لان التصرف اذا لم يكن له مجيز وقت صدوره فلا يمكن تصور اجازته فورا عقب صدوره ، فلو توفي المالك في حالة بيع الفضولي فان اجازة ورثته لا تجوز لبطلان التصرف بموته ، اذ ان القاعدة الشرعية المعتمدة عند الأحناف تفيد " بان مالا مجيز له عند وجوده لا

---

(1) الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ، ص 184 وما بعدها ، معتمدا في هذا الحكم على ماجاء في فتح القدير ، ج 5 ، ص 313 .

(2) والاجازة شرعا عرفها بعض الفقهاء بانها رفع المانع ، وعرفها البعض الآخر بانها تصرف في العقد بالابقاء توجب نفاذه ، وترتب عليه حكمه .

(3) الاستاذ محمد مصطفى شلبي / المدخل ، المرجع السابق ، ص 545 .

(4) الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ، ص 225 ، هامش (2) نقلا عن الهداية ، ج 5 ، ص 311 .

تلحقه الاجازة" (1) ،على عكس المالكية و الحنابلة فهم يشترطون وجود المجيز حال صدوره ولا يشترطون بقاءه الى وقت الاجازة ،فاذا مات من يتمتع بحق الاجازة قبل ان يجيز التصرف الموقوف قام ورثته مقامه في ذلك . وعلى هذا الرأى ذهب المشرع العراقي في المادة 136/1 من القانون المدني اذ نص على انه" ... يشترط في صحتها (الاجازة) وجود من يملكها وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام العاقدين او المالك الاصلي او المعقود عليه وقت الاجازة " ،فيكون بذلك قد اكتفى بقيام عناصر التصرف وقت صدوره دون وقت صدور الاجازة(2) ،طبقا للقاعدة : " الاجازة اللاحقة وكالة سابقة". ويترتب على ذلك ان كل ما يحدث في محل التصرف الموقوف من زيادة كالثمار والنماء المتصل و المنفصل تثبت ملكيته لمن يملك الاصل بالاجازة (3)، ولو حصل قبل صدورها .

فاذا حصل أن رفض المالك اجازة تصرف الفضولي أو رفض اجازة تصرف ناقص الاهلية الدائر بين النفع و الضرر ، فان التصرف لا ينفذ ، وبالتالي يترتب على الرد اسقاط الحق في الاجازة ،ولا يستطيع المالك اجازته بعد رده(4) ،ومن ثم يصير التصرف الموقوف باطلا .

هذا، والتصرف اذا كان في شق منه نافذا وفي شق آخر موقوفا ،فان الاحناف يرون انه يترتب على اجازة العقد في الشق الموقوف ان يصبح التصرف صحيحا نافذا في الشقين معا ، والا انتقص التصرف فنفذ في شق وسقط في الشق الآخر ، ووافقهم المالكية في هذا الاتجاه ،فقد اورد ابن جزى في القوانين الفقهية " ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة صح البيع فيهما ولزمه في ملكه ، ووقف اللزوم في ملك غيره على اجازته ".(5)

هل هناك تقادم يرد على اجازة العقد الموقوف ؟

ان المالك في التصرف الموقوف اذا بقي ساكتا ،اى لم تصدر منه اجازة ،ولم يحصل منه رد ، فالمقرر في المذهب الحنفي ان ليس هناك وقت محدد ينقضي بانقضائه

(1) الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ، ص 224 .
(2) الدكتور عبد المجيد الحكيم/ الموجز ،ج 1 ،المرجع السابق ،ص ص 314 - 315 .
(3) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ،ج 4 ، ص 194 ،و الدكتور عبد الرازق حسن فرج/ المرجع السابق ، ص 233 .
(4) الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ،ص 238 .
(5) ابن جزى/ القوانين الفقهية ،طبع لبنان ،دون ذكر تاريخ الطبع ،ص ص 223-224 .

حق المالك في الاجازة اوردها ، وهذا من شانه اطالة مدة توقف التصرف ،وجعل التعامل غير مستقر .

أما الفقه المالكي فيرى أن " الفضولي اذا باع بحضرة المالك وسكت هذا، اعتبر سكوته اجازة ، وان باع بغير حضرته وبلغه ،فسكت عاما من وقت علمه ، اعتبر سكوته اجازة". (1)

كما ان الفقه المالكي يضيف ايضا ان المالك المجيز ، له ان يطالب الفضولي بالثمن ما لم يمض عام ، فان مضى وهو ساكت سقط حقه ، هذا ان بيع بحضرته ،وان بيع بغير حضرته مالم تمض مدة حيازة محددة بعشرة اعوام. (2)

ونحن نرى أن الفقه المالكي في هذه الجزئية كان اكثر تماشيا مع المنطق، في كونه حدد تقادم حق المالك في الاجازة او الرد بسنة واحدة من يوم العلم، وذلك لاستقرار المعاملات ،وسقوط حقه في الحصول على الثمن بسنة اذا كان حاضراً ، وبعشر سنوات في حالة غيابه .

وقد كان لهذا الرأى صداه لدى المشرع العراقي الذى انفرد عن المشرعين العرب في الاخذ بالعقد الموقوف اذ جعل هذه المدة قصيرة جدا ، فحصرها في المادة 136/2 بثلاثة أشهر ينبت خلالها للمالك حق الاجازة او النقض وبانقضائها يعتبر العقد نافذا ، سعيا منه الى استقرار المعاملات ،وصيانتها من الاضطراب. (3)

---

(1) و (2) الشيخ احمد الدردير / الشرح الكبير على مختصر خليل، ج 3 ، ص 12 .

(2) الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص ص 314 - 316 .

الفصـــــل الثالـــــث

xxxxxxxxxxxxxxx

مـــقارنة آثار البطلان في القانون الوضعي وفي الفقه الاســـلامـي

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

بعد أن بينا آثار البطلان في كل من القانون الوضعي والفقه الاسلامي، نعمد في هذا الفصل الى عقد مقارنة سريعة بين هذه الآثـــار، فنقارن بين آثـار البطلان في كـل من القانون الوضعي وفي الفقه الاســلامـي .

وحتى تكون دراستنا مبرزة للدور الذى لعبه فقهاء الشريعة الاسلامـيـة فاننـــا سنعتمد التقسيمات التي قـال بها هؤلاء الفقهاء لنرى ما يقابلها من احكام في ظل القانون الوضعي .

أولا : فيما يتعلق بالتصرف الباطل : يمكن ابراز خصائصه فيمايلـــي :

1) اذا كـان المقرر في ظل القانون الوضعي أن البطلان يؤدى الى منـــع التصرف من انتاج الآثار التي يرتبها القانون في حال صحته ، فان فقهاء الشـريعـــة الاسلاميـة سبقوهم في اعتماد هذا الحكم اذ قرروا أن بطلان التصرف يفقده حكمــه ، أى أنه لا يرتب الآثار المقررة له شرعا في حال صحتـه .

2) ان المبدأ المعتمد في كل منهما (أى في القانون الوضعي وفي الفقه الاسلامي) هو أن البطلان يؤدى الى الزام كل من طرفي التصرف الباطل بأن يعيد الى الطـرف الآخر ما تلقاه منه في حالة ما اذا تم تنفيذه أو بدئ في تنفيذه .

على أنه تجدر الاشارة في هذا الصدد الى أن المشرعين الوضعيين قد عمدوا الى وضع أحكام تشريعية مفصلة لحكم الاسترداد ، ففي حالة ما اذا استحال على أحـــــد الطرفين أن يرد الى الآخر ما تلقاه منه بموجب التصرف الباطل فانه يمكن الاستهداء بالأحكام الواردة في القانون المدني الجزائرى والمتعلقة باسترداد الثمار (المادة 837/1 مدني) وبالمنشآت والغراس (المادتان 784 و 785 مدني) وبالمصاريف (المادة 839 مدنـي) فان استحال تطبيق هذه الأحكام فانه يلجأ - حينئذ - الى تعويض الطرف الذى لــم يتمكن من الاسترداد الى الحكم له بتعويض معادل (المادة 103/1 مدني) .

3) اذا كان التصرف الباطل قد يرتب آثارا عرضية في ظل القانون الوضعــــي تتمثل في مساءلة من صدر منه البطلان على أساس المسؤولية التقصيرية، وذلك باعتمـاد نظريتي : الزواج الظني ، والبطلان الجزئي ، وقد رأينا - في التحليل السابق - أ ن

الجزائري تبنى صورتين تطبيقيتين له تتمثلان في انقاص التصرف وتحولـــــه (المادتان 104 و 105 مدني) ، فان مثل هذه الآثار العرضية معروفة ايضـــا لدى الفقهاء المسلمين ، ومن قبيل ذلك ان هوءلاء الفقهاء بحثوا في طبيعـــة الالتزام الذي يقع على عاتق من انتقل اليه المبيع بعقد باطل ،فقد ارتأى بعضهم ان هذا الالتزام يقع على البائع طبقا لقواعد الامانة ،في حين ان البعض الآخر رتب هذا الالتزام في ذمة المشترى على أساس قواعـــد الضمان . كما ان فقهاء الشريعة الاسلامية بحثوا في عقد الزواج الباطل – او الفاسد اذا اعتمدنا اصطلاح فقهاء الحنفية – ورتبوا عليه آثارا لا تترتب اصلا على العقد الباطل، وهي آثـــار عديدة من بينها ثبوت نسب الاولاد من الاب ، وهذا الحكم لم تعتمده التشريعات الوضعية الا في وقت لا حق . كما ان فقهاء الشريعة الاسلامية أولوا عنـــايـــة قصوى لمناقشة مسألة مدى جواز انقاص العقد ، وذهبوا في غالبيتهم الـــى الأخذ بهذه الفكرة .

4) ان المقرر في كل من القانون الوضعي والفقه الاسلامي هو ان البطـــلان متى تم تقريره لا يمكن أن توءدى فكرة الرجعية التي تعتبر ملازمة له الى المســاس بحقوق الغير ضمانا لمبدأ استقرار المعـــاملات .

ثانيـــا : وفيما يتعلق بالتصرف الفاسد ، الذى قال به فقهاء المذهب الحنفي حين تصنيفهم لدرجات البطلان ، فان هذا العقد ليس له ما يقابله في القانون الوضعي ، على ان العقد الفاسد يتميز بميزتين :

1) فهو يمتاز باحكام مختلفة بحسب ما اذا حصل فيه قبض من عدمه .

أ) فهو قبل القبض موجود وقائم ولكنه لا يرتب آثاره المقصودة منه ، لا نـــه وان كان قائما يبقى معرضا للفسخ (الابطال) ، ويبقى على عاتق كل من طرفي العقد ان يرفع الفساد الذى لحقه درءا للمعصية التي تترتب على مباشرته ،ما لـم يكن بالامكان رفع هذا الفساد دون حاجة للفسخ كرفع جهالة البدل فـــي عقـــد الايجـــار قبل انفضاض مجلس العقد ،لأن التصرف في مثل هذه الحالة سيتحـــول من تصرف فاسد الى تصرف صحيح طالما انه مازال قابلا للتصحيح .

ب) اما اذا تحقق القبض بمقتضى عقد فاسد وكان هذا القبض صحيحا ،فانــه ينقـل الملـك ، وان كانت هذه الملكية تبقــى غـير سليمــة ، ولذلك ، فـانه يقـــع

على الطرفين عبء فسخ العقد الذى كان مصدرا له ،فان كان الفساد راجعا الى البدل (كلحم الخنزير) فان كلا من الطرفين يتمتع بحق الفسخ دون التوقف على رضا الطرف الآخر ، أما اذا لم يكن الفساد راجعا الى بدل ففي رأى البعض يبقى حق الفسخ مقصورا على من له حق المنفعة من الشرط الفاسد ، فان أسقط حقه فانه يحدث انقاص للعقد ، وبموجبه يتم الوقوف عند حد اسقاط الشرط الفاسد مع تنفيذ الجزء الصحيح المتبقى من العقد . أما البعض الآخر فيرى الابقاء على الحق في الفسخ للطرفين معا .

2) ان تطبيق أحكام العقد الفاسد - الآنفة الذكر - مرهون بعدم المساس بحقوق الغير ،اذ ان المقرر انه متى تم التصرف في المبيع الذى تم قبضه بموجب عقد فاسد لصالح الغير ، فان هذا التصرف الصادر لصالح الغير يعتبر مانعا للفسخ طالما توافرت في هذا التصرف الأخير صفة اللزوم .

ثالثا : بالنسبة الى التصرف الموقوف :

فيما يتعلق بالتصرف الموقوف ،فهو وان كان يقترب من التصرف القابل للابطال في الفقه الوضعي لانهما ينصرفان معا ليشملا حالتي الولاية على التصرف (المتمثلة في تصرفات ناقص الأهلية) والولاية على المحل (المتعلقة بالتصرف في ملك الغير) الا انهما يتميزان من حيث حكمهما في كون التصرف الموقوف صورة عكسية للتصرف القابل للابطال .

ذلك ان التصرف الموقوف يعتبر تصرفا غير قادر على انتاج أى اثر قانوني الى حين صدور اجازة بشأنه ممن يملكها شرعا ،فيصبح - حينئذ - فقط قادرا على ترتيب آثاره الشرعية ، وذلك على خلاف التصرف القابل للابطال الذى يعتبر موجودا ومنتجا لآثاره ولا يزول الا اذا صدر حكم بابطاله .

واذن ،فان الفرق الجوهرى بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي في هذا الصدد هو ان الاول آثر اضفاء البطلان على التصرف لحين اجازته فينقلب صحيحا ، في حين أن الثاني آثر اتباع منهجية معكوسة فجعل التصرف صحيحا منتجا لآثاره ، وجعل الاجازة تقويه فقط ،وباتخاذ موقف ايجابي ضدها يبطل التصرف .

والواقع هو ان المقارنة بين هذين الحكمين تبين سمو الحكم الذى اعتمده فقهاء الشريعة الاسلامية ، ذلك ان تقريرهم لبطلان التصرف الموقوف طالما لم تتم اجازته ،

قد جعلتهم في غنى عن اللجوء الى فكرة عدم النفاذ في جانب صاحب الحق الاصلي ، والتي جعلت الفقه الوضعي مضطرا الى اعتمادها بعد اعتباره العقد قائما وصحيحا. فقد رأينا مثلا في بيع ملك الغير أن القانون الوضعي قد اضطر بعد اعتباره هذا العقد قابلا للابطال لمصلحة المشتري وحده ، الى تكملته باعتباره أيضا غير سار في مواجهة المالك الحقيقي طالما انه لم يقم باجازته ، وذلك على خلاف ما هو مقرر في الفقه الاسلامي من أن هذا البيع يبقى غير منتج لآثاره طالما لم تتم اجازته من المالك للشيء المبيع ، وهو حل يغنينا عن اعتماد فكرة عدم السريان.

كما أنه لا يعزب عنا أن موقف القانون الوضعي معيب ، لانه يتضمن خروجا على الصياغة القانونية ، فالمقرر بصدد العقد القابل للابطال هو ان حق الاجازة أو عدم الاجازة قاصر على المتعاقد وحده الذي يقرر البطلان لمصلحته ولا يتوقف على غير العاقد. ولذلك كان أولى بالمشرع الجزائري في القانون المدني - خاصة وأنه اعتمد احكام الشريعة الاسلامية كمصدر اساسي للقانون المدني - أن يعتمد احكام العقد الموقوف المقررة لدى فقهاء الشريعة الاسلامية ، فيقرر ان بيع ملك الغير لا يمكنه أن يرتب اى أثر قبل اجازته من طرف المالك الحقيقي للمبيع ، دون أن يتطلب اجازة هذا البيع من طرف المشتري ، لان اجازة المالك الحقيقي كفيلة بأن تجعل التصرف الصادر لصالح المشتري صحيحا ، وفي نفس الوقت يصبح فيه نافذا بالنسبة اليه بمقتضى الاجازة الصادرة عنه .

وحتى لا نغمض موقف المشرع الجزائري من اخذه بفكرة العقد الموقوف نشير الى أنه نص في المادة 83 من قانون الأسرة على ان تصرفات الصبي المميز تبقى موقوفة النفاذ على اجازة وليه أو وصيه فيما اذا كانت مترددة بين النفع والضرر .

وتتمة لتحليلنا لآثار البطلان ، فاننا نشير الى ان القانون الوضعي قد درج على جمع عيوب الارادة المتمثلة في الغلط ، والتدليس ، والاكراه ، والاستغلال في بوتقة واحدة ، ورتب عليها نفس الجزاء الذي يتمثل في جعل التصرف قابلا للابطال ، وأعطى - بناء على ذلك - للطرف الذي شيبت ارادته باحدى هذه العيوب الحق في طلب ابطال التصرف الذي اجراه. على اننا لو رجعنا الى اراء الفقهاء المسلمين - كما سبق في عرض تحليلنا لهذه العيوب [1] لوجدناهم لم يتوصلوا في الكثير منها

(1) وقد آثرنا التعرض لاحكامها ونحن بصدد تحليلنا لعيوب الرضا في القانون الجزائري (يراجع ما سبق تحليله في مجال البطلان النسبي في القانون الجزائري ، ../..

الأحيان الى حل موحد بشان الجزاء المترتب على توافر كل من هذه العيوب . ويظهر ذلك خاصة في حكم الاكراه اذ تشعبت آراء الفقهاء المسلمين بصدده الى قائل باعتباره سببا للبطلان ، ومقرر بانه سبب لفساد التصرف ، ومطالب باعتبار التصرف في حالة توافره تصرفا غير موقوف ، ومثل هذا الاختلاف يجعل من الصعوبة التوصل الى حل موحد بشأن تصنيف عيوب الارادة حتى مع اعتمادنا للتقسيم الذى قال به فقهاء المذهب الحنفي بصدد درجات البطلان . نعم اننا حاولنا ان نصوغ من ذلك نظرية عامة لهذه العيوب، ولكن ذلك لا يمنع من القول بان الأحكام المتعلقة بها جاءت متناثرة بين مواضيع مختلفة لدى الفقهاء المسلمين .

غير ان هذا التناثر ،وان كان من شانه أن يجعل البحث عسيرا ، يكشف لنا عن مستوى الابداع الفني الذى وصل اليه فقهاء الشريعة الاسلامية . كما يمكن تفسيره بان فقهاء شريعتنا الغراء تأثروا بالنزعة الموضوعية مع الوقوف عند مستوى الارادة الظاهرة دون الغوص في الارادة الباطنة التي ترتبط بها عيوب الارادة اصلا .

وختاما لهذه الملاحظات نشير الى أنه لو أعطى لنا حق الخيار بين فكرتي التصرف القابل للابطال والتصرف الموقوف بصدد الاثر المترتب على عيوب الارادة السابق ذكرها ـ ملحقا بها نقص الأهلية ـ فاننا مما لا شك فيه سنختار اصطلاح التصرف الموقوف مع اعتماد احكامه بهذا الصدد . ذلك ،ان هذا الاصطلاح ـ في نظرنا ـ اكثر ملاءمة لعيوب الرضا ،ففضلا عن كونه سيبرز لنا الصلة الوثيقة القائمة بين هذه العيوب وبين نقص الاهلية ،فانه سيجعل التصرف موقوفا ،وهو حل سيغنينا عن الكثير من المناقشات الفقهية وخاصة ذلك الجدل الفقهي الصاخب الذى اثير بشأن مدى تقبل فكرة البطلان النسبي في حد ذاتها . فاعتبار التصرف موقوفا ، معناه أن هذا التصرف سيبقى غير منتج لآثاره الشرعية المقصودة منه الى حين اجازته ، وان كنا نتطلب في هذا الصدد اعتماد معطيات المذهب المالكي فيما يتعلق بوجوب تحديد المدة التي يجب أن تصدر الاجازة خلالها ممن يملكها شرعا ،لينقلب التصرف الموقوف بعد انتهائها الى تصرف لازم .

../.. صفحة 244 وما بعدها من هذه الرسالة)سعيا منا الى تبسيط احكامها في الفقه الاسلامي وبيان مدى تطور احكام هذا الفقه بالمقارنة مع الحلول التي تم اعتمادها من طرف القانون الوضعي .

الباب الثالث

مدى ضرورة تدخل القضاء في تقرير البطلان

لبحث هذا الموضوع يحسن بنا أن نتعرض لبيان ما اذا كان تدخل القضاء أمرا لازما للقول بتوافر البطلان من عدمه في فصل أول، ثم نخصص الفصل الثاني لتقسيم الأحكام الصادرة عن القضاء بالبطلان وتحديد طبيعتها.

الفصل الأول

مدى ضرورة تدخل السلطة القضائية لتقرير البطلان

الواقع أن تدخل السلطة القضائية لتقرير البطلان ليس أمرا وجوبيا في كل الحالات، ذلك أن البطلان قد يتقرر بموجب اتفاق صادر من أطراف التصرف المعيب، وقد يتقرر بموجب حكم قضائي.

المبحث الأول

البطلان الاتفاقي

ان أطراف التصرف المعيب قد يتفقان على البطلان، لكنه لا ينتج أثره الا اذا توافرت الأهلية القانونية في طرفيه، وان تتم موافقة الغير الذين اكتسبوا حقوقا على محل التصرف المعيب قبل تقرير البطلان الحاصل بالاتفاق، وقبول النتائج المترتبة عليه[1] والمتمثلة في ازالة جميع الآثار التي يولدها بأثر رجعي، سواء تعلق الأمر ببطلان مطلق أو ببطلان نسبي.

على أنه تجدر الاشارة الى أن مثل هذا الاتفاق ليس ضروريا حينما يتعلق الأمر بتصرف قابل للابطال لم يتم تنفيذه بعد، اذ يمكن لكل من الطرفين الامتناع عن تنفيذه، فاذا طالب أحد الطرفين الآخر بالتنفيذ فانه يجوز لهذا الأخير أن يدفع بابطال التصرف.

غير أن اللجوء الى القضاء يبقى أمرا ضروريا اذا استوجب الأمر ازالة الآثار

---

(1) الأستاذان: بونيسار وبلونديل/مجموعة القانون المدني، دالوز 1973، تراجع كلمة " بطلان "، بند 28، وبلانيول وريبير واسمان، ج 6، المرجع السابق، بند 296.

المادية الناجمة عن تنفيذ التصرف الباطل، لأن المقرر في هذا الصدد "أنه لا يجوز لأحد أن يقتض لنفسه" (1).

و اذا كان من شأن اتفاق الطرفين أن يجعل التصرف الباطل يفقد آثاره فان اللجوء الى القضاء يبقى ضروريا في الكثير من الحالات حتى مع توافر اتفاق الطرفين ، و ذلك كما هو الأمر بالنسبة الى التصرفات التي تتطلب تدخل السلطات العامة كالزواج الباطل ، اذ يستلزم الأمر اللجوء الى القضاء لتقرير هذا البطلان ،شأنه في ذلك شأن كل التصرفات المتعلقة بحالة الشخص. (2)

المبحث الثاني

تقرير البطلان بحكم قضائي

و اذا كان يجوز للأفراد تقرير البطلان بالاتفاق فانه لا مناص من اللجوء الى القضاء في غالبية الحالات لتقرير هذا البطلان أو النطق به. ويحسن بنا أن نشير الى أن اعتماد المشرع الفرنسي لما يسمى "بالبطلان بقوة القانون" " NULLITES DE DROIT " في المادتين : 504 و 1117 مدني فرنسي قد يوحي بأنه لا حاجة لرفع دعوى هذا النوع من البطلان ، وقد كان هذا الرأى معتمدا في القانون الفرنسي القديم الذى كان يفرق بين البطلان القانوني (NULLITES LEGALES) وبين البطلان القضائي (NULLITES JUDICIAIRES) فالأول كان ينتج أثره بقوة القانون بينما الثاني كان يتطلب رفع دعوى قضائية بشأنه. (3)

غير أن هذا الرأى لم يعد له وجود في الوقت الحاضر حتى في ظل النظام القانوني الفرنسي لأننا حاليا نجد أنفسنا أمام وضعين فقط، فأما أن يتم تقرير البطلان باتفاق طرفي التصرف أي أن تقريره لا يؤدى الى حدوث أى نزاع بين طرفيه ،وحينئذ لا تكون

(1) بونيسار وبلوندبل/المرجع السابق، بند 33،وجابيو// الرسالة ،ص 418،وما بعدها ،وبلانيول و ريبير و اسمان /ج 6،المرجع السابق ،بند 297.

(2) كوتيريه/مجموعة التوثيق الخاصة بالقانون الفرنسي ،يراجع باب العقود و الالتزامات، 1977،الجزء رقم 122و 124 ،بند 23،وجابيو/الرسالة ،المرجع السابق،ص 488.

COUTURIER(J.P), V° NOTARIAL REPERTOIRE DE DROIT FRANCAIS, contrats et obligations, 1977, Fascicule 122-124, N. 23; JAPIOT, thèse précitée, P.488.

(3) بلانيول و ريبير و اسمان / ج 6، المرجع السابق ،بند 282 .

في حاجة الى رفع دعوى قضائية بصدده . واما أن يحدث نزاع بين طرفي التصرف الباطل ،وفي هذه الحالة تبدو الحاجة ملحة الى اللجوء الى القضاء للفصل في كل نزاع قد يثار بصدد هذا التصرف الباطل ، تطبيقا للمبدأ المستقر عليه من أنه " لا يجوز لأي شخص أن يحقق العدالة لنفسه ".

وتطبيقا لهذا التصور الحديث ،فان ماكان يطلق عليه " البطلان بقوة القانون" في ظل القانون الفرنسي القديم أصبح ينصرف الى الحالات التي يكون القاضي فيها ملزما بالحكم بالبطلان دون أن يتمتع بأية سلطة تقديرية ، أي أن تدخله يقتصر على وضع حد لحالة مادية أنشأها التصرف الباطل ،فيكون دوره مجرد تقرير للبطلان وليس انشاءه.(1)

على أنه اذا كان اللجوء الى القضاء هو الغالب لتقرير البطلان أو لانشائه ،فان لنا أن نتساءل عن طبيعة دعوى البطلان هل هي ضرورية أو مفيدة فقط؟

الواقع ،أن دعوى البطلان قد تكون ضرورية ، وقد تكون مفيدة فقط ،فتكون ضرورية حينما يحتاج الأمر الى ازالة الآثار التي ترتبت على تنفيذ تصرف باطل أو قابل للابطال ، لأن الرجوع في هذه الآثار وتقرير زوالها بأثر رجعي يستلزم حكما قضائيا يقرر هذا الزوال ،وكمثال لضرورة رفع دعوى البطلان نشير الى تلك الحالة التي يكون فيها تقدير القاضي هو وحده المرجع في تقرير البطلان ،وذلك في حالة ما اذا كان المحل مخالفا للنظام العام مثلا كالتعامل في تركة انسان مازال على قيد الحياة فانه باطل ولو كان برضاه حسب أحكام القانون المدني الجزائري (المادة 92/2 مدني). فهذه القاعدة القانونية قاعدة متعلقة بالنظام العام، والتحايل عليها يفضي بالضرورة الى بطلان التعامل الذي أجري تحايلا على القانون ،ولذا فتحريم التعامل في التركة المستقبلة أمر مرتبط بفكرة النظام العام ارتباطا لا يقبل التجزئة ،فاذا باع الوارث كل ما سوف يرثه فان هذا البيع يقع باطلا لأن محله تركة مستقبلة ،والتعامل فيها باطل لمخالفته للنظام العام.(2)

واذا كان البطلان في هذه الصورة جزاء حتميا فان الذي يتولى تقريره هو القضاء ، ولذا فان ضرورة رفع دعوى البطلان تصبح أمرا لا مناص منه .

---

(1) فلور وأوبير / القانون المدني ،الجزء الأول ،المرجع السابق، بند 319 وما بعده .

(2) الدكتور سليمان مرقس/ عقد البيع ، المرجع السابق ،بند 75 ، ص 150.

ومن بين حالات البطلان التي يتعين أن يتدخل فيها القضاء أيضا عـــدم مشروعية السبب ، فقد رأينا أنه يشترط لصحة التصرف أن يكون سببه مشروعا ، أي لا يتنافى مع النظام العام أو الآداب[1] فاذا كان غير مشروع فان التصرف يصبح باطلا بطلانا مطلقا ، ومن ذلك مـا يقرره الفقه من أنه " اذا كان الباعث علـى التبرع هو استبقاء العلاقة غير الشريفة بين الخليل وخليلته كان العقد باطلا "[2] ولكن رغم بطلان العقد فان الأمر يبقى متروكا لتقدير القاضي ، ولذا يجب على صاحب الشأن أن يرفع دعوى لتقرير البطلان .

وخلاصة ما تقدم ، هي أن رفع دعوى البطلان أمام القضاء مسألة ضرورية اذا كان الحكم بالبطلان مسألة تقديرية للقاضي ، ومع ذلك ، فان الحكم لا يكون منشئا للبطلان وانما يكون كاشفا له.[3]

على أن دعوى البطلان قد تكون مفيدة فقط ، اذ تبدو الحاجة الى رفعها حتى لو لم يتم تنفيذ التصرف تنفيذا ماديا ، وتكون الدعوى المرفوعة بصدده مقبولـة اذا أثبت رافعها أن له مصلحة في ذلك ، سواء كانت تلك المصلحة مادية أو معنوية . ومن قبيل ذلك الدعوى التي يرفعها أحد أطراف التصرف الباطل حتى لو لم يتم تنفيذه ، وذلك درءا لرفع دعوى تنفيذه ضده من الطرف الآخر ، أو مثل الدعوى التي يرفعها الزوج يطلب فيها الحكم ببطلان الزواج حتى لا يكون بإمكان الزوجة رفع دعوى نفقة ضده مستقبلا[4] أو الدعوى التي يرفعها شخص موصى له يطلب فيها الحكم ببطـلان الشرط الوارد في الوصية والقاضي مثلا بعدم زواجه ، أو زواجه من امرأة تدين بغير دينه أو من غير جنسيته على الرغم من أنه حتى تاريخ رفع دعواه لم يتعرض له أحد في الانتفاع بالشيء الموصى له بـه.[5]

واذا كان هذا هو حكم البطلان المطلق ، فان اللجوء الى القضاء يعتبر أمرا ضروريا في حالة ما اذا كان التصرف مشوبا بعيب البطلان النسبي ، اذ أن التصرف القابـــل للابطال - كما هو مقرر - تصرف قائم ومنتج لآثاره الى أن يقضي ببطلانه .

(1) يراجع ماسبق ص 210 من هذه الرسالة.
(2) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 210 ، ص 254.
(3) الدكتور محمود جمال الدين زكي / المرجع السابق ، بند 131 ، ص 252.
(4) موريل / المطول الأول للاجراءات المدنية ، ط 2 ، سنة 1949 ، بند 43 (3) .
MOREL ; traité élémentaire de procédure civile, Tome 2, 1949.
وجابيو / الرسالة ، المرجع السابق ص 430 وما بعدها ، وص 445 وما بعدها .
وبلانيول وريبير واسمان / ج 6 ، المرجع السابق ، بند 297.
(5) محكمة استئناف باريس 1/04/2-186 ، منشور بدالوز الدوري لسنة 1862 ، ج 2 ، ص 77 ، ومحكمة السين المدنية في 22/01/1947 ، منشور بدالوز 1947 ، ص 126 ، بالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1947 ، ص 217 مع ملاحظات الاستاذ فيزيوز Vizioz

الفصـــل الثــــانـــي

xxxxxxxxxxxxxxxxxxx

تحديد طبيعة الحكم بالبطلان وبيـــان من يتمســك بـــه

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

نتناول في هذا الفصل التقسيم الأساسي لبيان الأحكام الكاشفة و المنشئة و طبيعـة الأحكام الصادرة بالبطلان في مبحث أول،ثم نتولى تحديد الأشخاص الذين يحق لهــم التمســك بالبطلان فـي مبحث ثـان .

المبحـــث الأول

++++++++++++++

الأحكام المنشئـة و الكاشفة وتحديد طبيعتهـــا

++++++++++++++++++++++++++++

1) التقسيـم الأساسـي للأحكـام :

المقرر في هذا الاطار أن الأحكام قد تكون منشئة للحق وقد تكون كاشفة لـــه فقط، فالأولى تنشئ وضعا قانونيا جديدا أي أنها تضيف الى وضع قانوني قـائــم شيئا جديدا يغير من طبيعته، في حين أن الثانية تقف عند حد تقرير وضـع قانونـــي قـائـم (1)

وتترتب على التفرقة بين الأحكـام المنشئة و الأحكام الكاشفة نتيجة ذات أهميـــة بالغـة، ذلك أنه اذا كانت الأحكام المنشئة لا ترتب آثارها الا بالنسبة الى المستقبـل، فان الأحكام الكاشفة نظرا لوقوفها عند تقرير وضع قانوني سابق، تنتج آثارها مـــن تاريخ نشـأة الوضع القانوني السابق ، أي أن لها أثرا رجعيــا .

2) تحديـد طبيعة الأحكـم الصادرة بالبطلا ن :

وعلى هدى التحديد السابق للأحكام في كونها منشئة أو كاشفة، نتساءل الآن عـن طبيعة الأحكام الصادرة بالبطلان ، هل تعتبر أحكاما منشئة، أو أحكاما كاشفة فقط؟

الواقع أن الاجابة على هذا التساؤل ليست بالأمر السهل، لذلك فاننا نحاول وضع معيار يتمثل في بيان مدى وجود سلطة تقديرية للقاضي في الحكم بالبطلان من عدمهـــا حتى تقـــرر هل الحكـم منشئ للبطلان أو مقـرر لـه فقط؟

---

(1) يراجع في هذا الموضوع خاصة،مقال للاستاذ ليون مازو تحت عنوان "التفرقة بيـــن الأحكام الكاشفة و الأحكام المنشئة للحق" منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدنـي لعام 1929، ص 17 وما بعدها . وبحث للأستاذ بيير رينو المقدم للمؤتمر الرابع للأكاديمية الدولية للقانون المقارن تحت عنوان "التفرقة بين الأحكام الكاشفة و الأحكـام المنشئة" طبعـة باريس سنـة 1954.

أ) متى يكون الحكم الصادر بالبطلان منشئا ؟

يمكن القول بأن الحكم الصادر بالبطلان يكون منشئا حينما يعطي المشرع للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالبطلان أو باستبعاده ، على الرغم من توافر علة أو سبب البطلان ، أي أن الحكم بالبطلان لا يكون ملزما للقاضي ، فاذا ما حكم القاضي بالبطلان فان حكمه هو الذي يصبح مصدر هذا البطلان ، وتطبيقا لذلك ففي اطار الاستغلال نجد المشرع قد نص بمقتضى المادة 90 مدني على أن الطرف المستغل (بفتح الغين) اذا طلب انقاص التزاماته فلا يجوز للقاضي أن يقضي بالبطلان . نعم ، اذا تقدم هذا الطرف بطلب الابطال فان للقاضي أن يعدل عن طلبه ليقضي بانقاص التزاماته فقط وذلك لأن جزاء البطلان أشد قسوة من طلب الانقاص ولا يجوز للقاضي أن يقضي بأكثر مما طلب الخصم.(1) على أنه اذا حكم القاضي بالبطلان ، فمن الواضح أن هذا الحكم يكون منشئا للبطلان وليس مقررا له فقط ، لأنه بحكمه ينشئ وضعا جديدا .

ب) متى يكون الحكم الصادر بالبطلان مقررا ؟

يكون الحكم الصادر بالبطلان مقررا اذا كان القانون هو الذي يحدد للقاضي الحالات التي يحكم فيها بالبطلان ، أي أن المشرع يحدد حالات البطلان ، فاذا ما عرضت حالة من هذه الحالات على القاضي وتأكد من توافر سببها فانه - حينئذ - لا يتمتع بأية سلطة تقديرية ، أي أنه يكون ملزما بالحكم بالبطلان .

وبما أن سبب البطلان المحدد قانونا يكون متوافرا في التصرف قبل عرضه على القاضي فان دور القاضي يصبح في هذه الحالة دور المقرر للبطلان وليس المنشئ له . ومن قبيل ذلك ما نص عليه المشرع في المادة 93 من القانون المدني من أنه " اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا " ، واذن فاذا تبين للقاضي أن محل الالتزام مستحيل استحالة مطلقة ، فانه يكون ملزما بالحكم بالبطلان دون أن تكون له أية سلطة تقديرية في استبعاده ، ولذلك فان حكمه يكون مقررا للبطلان ، لأن سبب البطلان (المتمثل في استحالة المحل) كان قائما قبل عرض النزاع عليه ، كما أن القاضي حينما يحكم بالبطلان انما يستجيب لأمر صادر اليه من المشرع .

وبما أن الحكم الذي يصدر بالبطلان يكون مقررا فقط فانه يكون له أثر رجعي أي ينصرف حتى الى الآثار التي رتبها التصرف منذ انشائه لأن المقرر أن التصرف الباطل عدم ، والعدم لا يمكن أن يترتب عليه أي أثر .

---

(1) الدكتور السنهوري/الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 211 ، ص406 ، الهامش

على أن الأثر الرجعي للبطلان في هذه الصورة لا يجب أن يفهم بأنه أثر مطلق اذ المقرر أن البطلان لا ينتج آثاره الا فيما بين أطراف التصرف فقط، و لا يمس الحقوق التي يكون الغير قد اكتسبها من أحد الطرفين.(1)

المبحث الثاني

الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان

اذا كان تبيان مدى ضرورة رفع دعوى قضائية من عدمه ليس مرتبطا بطبيعة البطلان من حيث كونه مطلقا أو نسبيا ، فان تحديد الأشخاص الذين يسمح لهم برفع دعوى البطلان أمر مرتبط بطبيعة البطلان ، و ذلك نظرا لاختلاف أسباب كل من نوعي البطلان ، و المصلحة المراد حمايتها في كل من هذين النوعين .

<u>أولا : تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان المطلق:</u>

في تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان نستعرض رأي الفقه ثم موقف المشرع الجزائري .

أ) <u>رأي الفقه</u>: لقد رأينا أن البطلان المطلق هو وصف يلحق التصرف و يعتبر جزاء مدنيا يقرره المشرع حينما يتخلف في التصرف أحد أركانه الأساسية ، أو اذا كان تقريره يستهدف حماية بعض المبادئ الاجتماعية الأساسية التي تعتبر من النظام العام كما في حالتي بطلان التصرف لعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب ، و بذلك فان تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان يتحدد على ضوء الحكمة التي تستوجب البطلان :

1)- فاذا كان الأمر يستهدف حماية النظام العام فان البطلان يكون مطلقا ، و تدخل ضمنه حالات البطلان المقررة لعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب اذا كانا مخالفين لنص تشريعي أو لكونهما يمسان قواعد النظام العام .

على أنه مما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أن القضاء الفرنسي يرى أن مخالفة قواعد النظام العام لا تؤدي كلها الى البطلان المطلق ، فمثلا في اطار النظام العام الاقتصادي المتعلق بحماية الأشخاص كالعامل ، و المستأجر ، فان القضاء الفرنسي يخضع

---

(1) يراجع ما سبق ص 376 من هذه الرسالة .

العقود الذى تهرم مخالفة لهذا النوع من النظام العام الاقتصادى للبطلان النسبي مع أنه من المفروض أن تخضع للبطلان المطلق، أما اذا جاء الاتفاق مخالفا للنظام العام الاقتصادى الذى يستهدف حماية الاقتصاد الوطني بكامله كتحديد السعر، فان مثل هذه المخالفة للنظام العام الاقتصادى تؤدى الى البطلان المطلق(1).

ونظرا لتعلق هذا البطلان بالنظام العام، فان المقرر - في نظر هذا الفريق من الفقه - أن كل شخص ذى مصلحة من حقه رفع دعوى البطلان، يستوى في ذلك أن يكون هذا الشخص طرفا في التصرف أو أجنبيا عنه، وان كان الأمر من الناحية العملية يتحدد بأطراف التصرف لأنه نادرا ما يهتم الغير بطلب بطلان تصرف ما، وخاصة حينما يكون التصرف ماليا، اذ يصعب عليه أن يثبت أن له مصلحة في ذلك.

ومن المقرر في هذا الصدد أن كلا من النيابة العامة والقضاء يثبت له الحق في اثارة هذا البطلان متى كان النزاع قائما بين الخواص أمام العدالة.

2) أما اذا كان البطلان راجعا الى تخلف ركن أساسي في التصرف القانوني كانعدام الرضا كلية، أو تخلف المحل دون أن ينطوى على مخالفة النظام العام فان البطلان وان كان يعتبر مطلقا أيضا، ويمكن أن يثيره كل ذى مصلحة، فانه - نظرا لعدم تعلق هذا البطلان بالمصلحة الاجتماعية - لا يمكن للنيابة العامة ولا للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه(2).

وقد قرر بعض الفقه تطبيق هذه الأحكام أيضا على ما أسماه بالبطلان المقرر كجزاء على خرق القواعد المتعلقة بحماية "المصلحة الخاصة الجماعية" أى تلك القواعد المقررة لحماية كل الأشخاص ولكن دون أن تتضمن مساسا بالمصلحة العامة، ومن قبيل ذلك غالبية القواعد المتعلقة بالشكل التي تستهدف حماية أطراف التصرف والغير كالقواعد الشكلية المتعلقة بانشاء الرهن، وعقد الزواج، فبالرغم من أن كل من يعنيه الأمر يمكنه أن يرفع دعوى بطلان هذه التصرفات فان هذا الحق لا يتقرر

(1) ج. ريبير/النظام الاقتصادى وحرية التعاقد، بند 8، مجموعة الدراسات المقدمة للفقيه جيني GENY ج 2، ص ص 347-353، وج فرجات/النظام العام الاقتصادى، رسالة من ديجون عام 1961، وف. مالورى/العقود المخالفة للنظام العام، رسالة من باريس 1951

G. RIPERT, l'ordre économique et la liberté contractuelle N. 8; Etudes GENY, tome 2, PP. 341-353; G. FARJAT, l'ordre public économique, thèse Dijon, 1961; Ph. MALAURIE, les contrats contraires à l'ordre public, thèse, Paris 1951.

(2) جابيو/الرسالة، ص 602 وما بعدها.

للنيابة العامة ، كما أنه لا يمكن للقاضي أن يثيره من تلقـاء نفسـه.[1]

غير أن هذا الرأي لا يتماشى مع ما قرره القضاء الفرنسي من أن تخلف عنصر الشكـل يعتبر سببا للبطلان النسبي فقط ، ومع ما اعتمده المشرع الفرنسي أيضا من أن تخلـف الشكل يعتبر في حالة ما اذا قصد به حماية أحد أطراف التصرف خاضعا للبطلان النسبي ، لأن الأمر -في نظره- لا يعد وأن يتعلق في هذه الحالة بحماية أحد أطراف التصـرف فقـط.[2]

3) وأما الحالة الثالثة التي تدخل ضمن حالات البطلان المطلق فتشمل الحالة التي أطلق عليها الفقيه جابيو "بالبطلان المطلق ذي الطبيعة الجزائية "[3] ومفاده أنه يحـق لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان ماعدا الشخص الذي تقرر البطلان في مواجهتـه ، ومثالها التصرفات التي يجريها المحجور عليه ، فان كل ذي مصلحة في هذا التصـرف له الحق في الطعن ببطلانه خاصة الطرف المتعاقد معه ماعدا المحجور عليه الـذي يمنـع من الطعـن فيـه بالبطـلان.[4]

على أن هذا الـرأي الذي قال به جابيو لم يلق تأييد كل الفقه ، اذ يرى البعض منه أن هذا الحق أي التمسك ببطلان التصرفات يعطي أيضا للمحجور عليه ، اللهم الا اذا كان المتعاقد معه حسن النيـة فيمنع المحجور عليه -حينئذ- من القيام بذلك.[5]

ب) موقـف المشرع الجزائري من هـذا التقسيـم :

على أن هذا التقسيم الذي قال به الفقه الفرنسي لم يلق تأييدا من طرف المشـرع الجزائري الذي سوى بين حالات البطلان المطلق جميعها بما في ذلك البطلان المقـرر لتخلف عنصـر الشكل في عقود بيع العقار المبرمة بعد 01/01/71[6] فقرر حكما عامـا

---

(1) بونسار وبلوندل / البحث السابق تحت كلمة "بطلان " ، بند 70.

(2) يراجع قانون 29 جوان 1935 (المادة 9) والمنشور بدالوز الدوري لسنة 1935 ، ج 4 ، ص 313 مع تعليق ترايسبوت TRESBOT بشأن عقود بيع المحلات التجاريـة .

(3) جابيـو /الرسالـة ، ص 619 .

(4) جابيو / الرسالـة ، ص 621 .

(5) بلانيول وريبير واسمان / ج 6 ، المرجع السابق ، بند 289 .

(6) يـراجـع ماسبق ص 222 من هذه الرسالـة .

بمقتضى المادة 102 مدني إذ نص على أنه "اذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها"، مما يفيد أن التمسك بالبطلان المطلق جائز لكل ذي مصلحة. وفي هذا الصدد، يحسن بنا أن نثير تساؤلا متعلقا بتحديد المراد بـ"ذي المصلحة"؟

ان عبارة "ذي المصلحة" عبارة مرنة، لذلك حاول الفقهاء تحديد مفهومها، فلقد عرف الدكتور جمال الدين زكي ذا المصلحة بأنه "كل صاحب حق تؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه" (1)، واذن، فليس لشخص له علاقة سيئة مع جاره أن يرفع دعوى ضده يطلب فيها بطلان سند ملكيته بقصد التخلص منه، كما أنه ليس لتاجر أن يطالب ببطلان شركة تنافسه ليتخلص منها، (2) لأن كلا منهما ليس صاحب حق في رفع هذه الدعوى، وان كان من المؤكد أنهما سيحققان فائدة من البطلان.

وقد عرف الدكتور أنور سلطان "المصلحة" من خلال تعريفه لذي المصلحة بقوله: انها "حق يؤثر فيه اتخاذ العقد الباطل مظهر العقد الصحيح" (3) وأعطى أمثلة بالدائن، وبالخلف العام، ثم بالخلف الخاص. (4)

فبالنسبة الى الدائن، فان من مصلحته أن يتمسك ببطلان تصرف صادر من مدينه للغير اذا ترتب عليه اعسار مدينه أو زيادة اعساره، لأن ذلك من شأنه أن ينقص من الجانب الايجابي من ذمته المالية.

وبالنسبة الى الخلف العام، فمثاله الوارث، اذ من مصلحته أن يتمسك ببطلان التصرفات الباطلة التي قد يجريها مورثه سواء أكانت ثنائية كبيع باطل، أو أحادية كوصية لوارث لم يجزها الورثة حتى يتمكن من اعادة العين موضوع التصرف الى تركة مورثه كتؤول اليه.

وبالنسبة الى الخلف الخاص، فمثاله المشتري لشيء من بائع له كان قد سبق لهذا الأخير أن تصرف فيه لشخص آخر قبله بعقد باطل، فان من حق المشتري الثاني أن يتمسك ببطلان التصرف السابق حتى تخلص له العين بمقتضى التصرف اللاحق. (5)

---

(1) و (2) الدكتور جمال الدين زكي / المرجع السابق، بند 131، ص ص 258- 259.
ومارتي ورينو/المرجع السابق، بند 198، ص 182، ومازو/ المرجع السابق، بند 308، ص 256.

(3) و (4) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق، بند 222، ص ص 266-267.

(5) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق، بند 222، ص ص 266 - 267.

هذا ، والجدير بالملاحظة ، أن حق التمسك بالبطلان لا يتوقف عند أطراف التصرف، بل قد يتسع ليشمل النيابة العامة ، والقاضي الذي يحق له الحكم ببطلان التصرف من تلقاء نفســـه .

ثانيـــا : تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان النسبي :

انطلاقا من فكرة مؤداها أن البطلان النسبي مقرر لحماية أحد أطراف التصرف، فان المقرر - في هذا الصدد - أن هذا البطلان لا يمكن أن يثار الا ممن قررت الحمايــة لمصلحتــه ، أي أن التمسك ببطلان التصرف المبرم وتجريده من آثاره القانونية لا يمكــن أن يتم الا من طرف الشخص الذي قصد المشرع حمايتــه ، فله أن يطالب بــابطــال التصرف، كما أن له أن يقرر البقاء عليه ، وهو ما اعتمده المشرع الجزائري بصدد العقود في المادة 99 مدني التي نصت على أنه "اذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا فـي إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق" ، وهو حكم يمكن تعميمه علـى كـل التصرفـــات .

هذا ، ومن الناحية العمليــة فان حق الابطال يقتصر على أحد طرفي التصرف الذي أراد المشرع حماية مصلحته المالية دون الطرف الآخــر الذي لا يتمتع بهذا الحق .

على أن هذا الحق قد يقتصر على شخص واحد ، وقد يشمل أكثر من شخص، وصورة ذلك أن يبيع عدة مالكين عقارا مملوكا لهم على الشيوع، فاذا ما لحق هذا البيع غبـن في الحدود القانونية المقررة، جاز لكل منهم المطالبة بابطال البيع، وان كانـــت محكمة النقض الفرنسية قد حاولت التضييق من أعمال هذا الحل اذ قررت في هذا الصدد أنه اذا تنازل أحد البائعين عن طلب الغبن فان هذا التنازل من أحدهم يكفي وحده لايقاف دعاوى الملاك البائعين الآخرين.(1) وقد تحدث حالات يكون فيها التصرف الواحد قابلا للطعن فيه بعدم الصحة من طرفي التصرف معا كما اذا وجد سببان للطعن فيه ، كل منهما مستقل عن الآخر، وذلك كما لو أسس أحد الطرفين دعـــوى الابطال على نقص الأهلية بينما بناها الآخر على أساس التدليـــس .

والى جانب طرف التصرف الذي ابتغى المشرع حمايته ، فانه بامكان أشخاص آخريـن رفع دعوى البطلان النسبي ، وهم : الممثل القانوني للمعني بالأمر، والخلف العــام

(1) نقض فرنسي 1951/02/20 منشور بسيريه لعام 1952، ج 1، وكاربونييـــــه / ملاحظات نقدية ، منشورة بالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1952، ص ص 237-238.

كالوارث والموصى له بحق شائع في التركة، والدائنون الذين يحق لهم رفع دعوى **الابطال** باستخدام الدعوى غير المباشرة action oblique المنصوص عليها في المادة 189 مدني .

وتثار في هذا الصدد مسألة هامة هي معرفة ما اذا كان لأحد المدينين المتضامنين الحق في التمسك بالابطال المقرر لأحدهم من عدمه ؟ فبعد استنطاق المراجع، أدركنا أن الفقه اختلف في الجواب على ذلك. فبينما يقرر فريق منه أنه "لما كانت هناك نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفعهم، فان لكل منهم أن يتمسك بالبطلان (يقصد الابطال) المقرر لأحدهم" (1)، يذهب فريق آخر منه الى أن أسباب البطلان المتعلقة بأحد المدينين كالغلط أو الاكراه هي أسباب شخصية لا يجوز للمدين المتضامن الآخر التمسك بها لطلب ابطال العقد. (2)

ونحن نرى أن الرأي الثاني هو الصواب لأن الغلط أو التدليس أو الاكراه ، أو الاستغلال أو نقص الأهلية عيوب شخصية يجب أن يقتصر طلب الابطال في اطارهما على المدين بالذي قام بسبب البطلان في جانبه، ولا يمكن أن ينصرف الى بقية المدينين المتضامنين معه، وأن هذا الرأي - في نظرنا - هو الذي يتماشى مع نص المادة 223/ 2 مدني جزائري التي ورد بها "ولا يجوز للمدين (يقصد المتضامن) اذا طالبه أحد الدائنين بالوفاء أن يعارض بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يعارض بأوجه الدفع الخاصة به وبالتي يشترك فيها جميع المدينين" .

واذن، فان المطالبة بابطال العقد الذي نشأ عنه الدين محل التضامن اذا كان سبب الابطال يشترك فيه جميع المدينين، ويفيدهم جميعا، فان لكل منهم أن يطالب به لأن المدينين المتضامنين ينوب بعضهم عن بعض فيما ينفعهم لا فيما يضرهم .

وبما أن الابطال حق مقرر للشخص الذي أراد المشرع حمايته فان المستمد بهذا الصدد أنه لا يمكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه اذا لم يتمسك به أمامه صاحب المصلحة في الحكم به. ومثل هذا المبدأ يمكن اعتماده بمفهوم المخالفة للمادة 102/ 1 مدني التي قصرت حق القضاء في الحكم بالبطلان من تلقاء نفسه متى تعلق الأمر بعقد باطل بطلانا مطلقا.

---

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط، ج 3، المرجع السابق، بند 195، ص 328، والدكتور فتحي والي / نظرية البطلان في قانون المرافعات طبع الاسكندرية 1960، بند 271 ، ص 502 .

(2) الدكتور صبحي المحمصاني / محاضرات في القانون المدني اللبناني، الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام، مطبوعات جامعة الدول العربية، 1958، ص ص 40 - 41 .

البـــــــاب الرابــــــع
****

الحيلـولـــة دون تطبيـــق قواعد البطـــلان
****

أورد المشرع الجزائري على غرار الكثير من المشرعين العرب والغربيين حالات يمكـــن فيها رفع البطلان، وهي حالات تتحدد بالاجازة، وبتصحيح التصرف المشوب بالبطلان، وبالتقادم، ونعقد لكل منها فصلا مستقــلا .

الفصــــــل الأول
xxxxxxxxxxxx

الاجـــــــــازة
xxxxxxxxxxxxxxxxx

لتحليل أحكام الاجازة باعتبارها احدى الحالات التي تحول دون أعمال قـواعـــد البطلان، فاننا نتعرض لها في مباحث ثلاث، نتناول في أولها الاجازة فـي القانون الوضعي، ونخصص ثانيها لبيان أحكام الاجازة في الفقه الاسلامي، ونعقد مبحثا ثالثـــا للمقــارنـــة بين أحكامها في كل من القانون الوضعي والفقــه الاسلامي .

المبحـــث الأول
+++++++++++++

الاجازة فـي فقـه القانون الوضعـــي
+++++++++++++++++++++++++

نعالج أحكام الاجازة في اطار فقه القانون الوضعي في ثلاثة مطالب نتناول فـــي مطلب أول تعريف الاجازة وبيان شروطها، ونخصص مطلبا ثانيا لتحديد طبيعـــة الاجازة وتمييزها عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى، ونعقد مطلبا ثـالثا لتحديـــد نطاقهـــا والآثـــار التي تترتب على قيامهـــا .

المطلـــب الأول

تعريف الاجازة وبيان شـــروطهـــا

الفــــرع الأول

تعريـــف الاجـــــازة

لقد حظيت الاجازة باهتمام الفقهاء فأوجدوا لها عدة تعريفات ونكتفي في هـذه الدراســة بالاقتصار على بعضها، اذ من العسير تعداد جميعها، وتسهيلا للأمـــر

نتناولها في اطار الفقه العربي، ثم في الفقه الغربي .

ففي اطار الفقه العربي، نجد الدكتور السنهوري عرفها بصدد حديثه عن اجازة العقد بقوله "الاجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد هو المجيز، ولها أثر رجعي يستند الى وقت نشوء العقد المجاز" (1).
كما تعرض الدكتور سليمان مرقس لتعريفها فأوضح أنها "اتجاه ارادة العاقد الذي تقررت لمصلحته قابلية العقد للابطال نحو النزول عن الحق في ابطال العقد، ويترتب عليها زوال هذا الحق وصيرورة هذا العقد غير قابل للابطال" وأضاف قائلا : "ان الاجازة هي عمل قانوني صادر من جانب واحد، أي أنه يتم بارادة منفردة" (2)

ومن خلال هذين التعريفين، يتضح أن الاجازة عمل قانوني منفرد يصدر ممن خوله المشرع هذا الحق، وعلى هذا النهج درج الكثير من الفقهاء العرب الذين تعرضوا لتحديد ماهية الاجازة .

ولو رجعنا الى التعريفات التي أوردها الفقهاء الغربيون، فاننا نلاحظ أنها لا تخرج عن المعنى الذي قال به الفقهاء العرب، ومن قبيل ذلك ما يقرره الفقيه لوران (LAURENT) من أن " اجازة الالتزام هي التنازل عن حق طلب الابطال بسبب العيب الذي شاب الالتزام. واذن، فان جوهر الاجازة يكمن في التنازل عن الحق في طلب الابطال ". (3)

وعرفها الأستاذان : مارتي ورينو بأنها "تصرف قانوني، قد يكون انفراديا بمقتضاه يتولى شخص ازالة العيب الذي كان يشوب العقد، ويتنازل عن طلب ابطاله" (4) .
ويقرر الأستاذان : فلور وأوبير أن "الاجازة هي تصرف بمقتضاه يتنازل شخص عن حقه

---

(1) الدكتور السنهوري/الوسيط، ج 1، المرجع السابق، بند 316، ص 565 .
(2) الدكتور سليمان مرقس/شرح القانون المدني، ج 2، في الالتزامات، القاهرة 1964، بند 226، ص 204.
(3) نص التعريف الذي أورده الفقيه لوران:
" Confirmer une obligation, c'est renoncer au droit que l'on a de demander la nullité en raison du vice dont elle est atteinte. Ce qui fait l'essence de la confirmation, c'est donc la renonciation au droit d'agir en nullité." (LAURENT, principes de droit civil français, 3° édition, tome XVIII, N. 559)

يراجع لوران/القانون المدني الفرنسي، الطبعة الثالثة، ج 18، بند 559.
(4) يجري تعريفهما في لغته الأصلية على النحو الآتي:
" La confirmation est un acte juridique, qui peut être unilatéral, par lequel une personne fait disparaître le vice qui altérait un contrat et renonce à en demander l'annulation."

يراجع: مارتي ورينو/القانون المدني، ج 2، المجلد 1، الالتزامات، بند 201، ص 184.

في التمسك بالبطلان ، فهي اذن تصرف انفرادي ، يصدر بارادة المجيز وحده . (1)

وهكذا نخلص من دراستنا لتعريف الاجازة لدى الباحثين في الفقه الفرنسي أن الاجـ[illegible] انفرادي (2) يصدر عمن خوله المشرع حق التمسك بالبطلان ، بمقتضاه يتنازل عن هذا الحق ، وهي في ذلك تتماشى مع ما هو مقرر لدى الفقهاء العرب ، ولذلك لا غرابة أن نجد الفقيه كوتيريه (COUTURIER) يقرر في دراسته "أن الاجازة هي من الأمور النادرة التي حدث بشأنها اتفاق بين الفقهاء التقليديين والمحدثين". (3)

واذا كانت الاجازة قد حظيت باهتمام الفقهاء من حيث تحديد ماهيتها ، فانها قد وجدت صداها لدى المشرعين أيضا ، وان كان هؤلاء اقتصروا على تحديد مجال تطبيقها ، وهو أمر منطقي ، لأن التعريف عمل فقهي في أصله ، ومن المشرعين الذين اهتموا بالاجازة المشرع الجزائري الذي أوضح مجال أعمالها في المادة 100 من القانون المدني ، فقد نص على أنه "يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية ..." مفيدا بذلك أن الاجازة لا يمكن أن تلحق سوى العقود القابلة للابطال .

الفـــرع الثـانـي

شــروط الاجـــازة

وبعد تحديدنا لماهية الاجازة ، فاننا نتعرض لبيان شروطها الموضوعية ، ثم نتساءل فيما بعد عما اذا كانت الاجازة تستوجب توافر شروط شكلية لترتيب آثارها القـانونيـة .

---

(1) نص التعريف الذي أورده الفقيهان : فلور وأوبير في مؤلفهما : الالتزامات ، ج 1 ، التصرف القانوني ، المرجع السابق ، بند 339 ، ص 262
" La confirmation est l'acte par lequel une personne renonce au droit d'invoquer une nullité. Elle constitue donc un acte unilatéral, émanant de la seule volonté du confirmant."

وفي هذا المعنى أيضا كاربونييه / القانون المدني ، الالتزامات ، بند 131 ، ص 95 ، وبلانيول وريبير واسمان / ج 6 ، المرجع السابق ، بند 309 ، ص 392 .

(2) وذلك اذا ما استثنينا تعريف الأستاذين : مارتي ورينو اللذين أوردا في معرض تعريفهما للاجازة "أنها تصرف قد يكون انفراديا" وهي عبارة ليس لها — في نظرنا — ما يبررها ، بل قد تدعو الى اللبس ، ومن الممكن أنهما أرادا بهذا التعبير أن الاجازة لا تحتاج الى موافقة الطرف الآخر لانتاج آثارها ، ودليل ذلك ما يورده هذان الفقيهان من "ان ارادة المجيز قد تكون منفردة وليس من الضروري أن تحصل باتفاق أطراف العقد المشوب بعيب البطلان" . يراجع : مؤلفهما في الالتزامات ، المشار اليه سابقا ، بند 202 ، ص 184 .

(3) كوتيرييه ، اجازة التصرفات الباطلة ، المرجع السابق ، ص 9 .

أولا : الشروط الموضوعيــة :

الاجازة ــ كما أوضحنا ــ تؤدي الى النزول عن الحق في طلب الابطال من الطرف الذي قام سبب الابطال في جانبه ، وذلك فان هذا الطرف وحده هو الذي يبقى بامكانه اجراء الاجازة أو رفضها ، أي أن الاجازة يجب أن تصدر عن الشخص الذي قرر المشرع حماية مصالحه ، وأن يكون هذا الشخص عالما بالعيب الذي شاب ارادته ، مدركا أن قيامه باجازة التصرف القائم يعني نزوله عن حقه في التمسك بطلب الابطال الذي لحق ارادته حين اجراء التصــرف .

1) ضرورة صدور الاجازة من الشخص المعيب الارادة :

يتعين أن تصدر الاجازة من الشخص الذي شاب ارادته عيب من العيوب المحددة قانونا ، وفي ذلك يقرر الفقيه جوديه "ان تطلب هذا الشرط يعتبر نتيجة حتمية لتعريف الاجازة نفسها ، اذ أنها تنازل عن حق النقد [1] من طرف من قرر له هذا الحق" .[2]
وترتيبا على ذلك اذا باع شخص سيارة مملوكة له تحت تأثير تدليس فانه لن يكون بامكان ابنه أو والده مثلا اجازة هذا البيع لأن الاجازة حق شخصي .

2) ادراك المجيز للعيب الذي شاب ارادته حين ابرام التصرف المعيب :

ومثل هذا الشرط أمر بديهي اذ لا يمكن أن تصدر الاجازة عن شخص ما ، وتنتج آثارها القانونية الا اذا كان هذا الشخص عالما بالعيب الذي شاب ارادته [3] حين اجراء التصرف المجاز ، وقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن قررت هذا المبدأ منذ زمن بعيد اذ أوردت صراحة أنه "لا يفترض في أي شخص التنازل عن حق مقرر له ، وتطبيقا لهذا المبدأ العام فالتنفيذ الارادي لتصرف ما ليس من شأنه أن يؤدي الى الدفع بعدم سماع دعوى البطلان ضد رافعها الا اذا ثبت أن تنفيذ رافع الدعوى للتصرف المعيب قد صدر بعد معرفته للعيب الذي شاب ~~ارادته قد~~ وأن ارادته انصرفت فعلا الى تغطية هذا العيب" .[4]

(1) يراجع ما سبق بصدد النظريات الحديثة في البطلان وعن تأثر جوديه بأفكار جابيو بصدد البطلان صفحة 103 من هذه الرسالة .
(2) جوديه / النظرية العامة للالتزامات ، ص 172 .
(3) كوتيرييه / اجازة التصرفات الباطلة ، المرجع السابق ، بند 24 ، ص 18 .
(4) نقض مدني 28/04/1866 ، دالوز 1866 ، ج 1 ، ص 469 وسيريه لسنة 1867 ، ج 1 ، ص 18 ، ويراجع في نفس المعنى : نقض مدني 10/02/1915 منشور بدالوز 1919 ، ج 1 ، ص 28 .

هذا ، ونحن بصدد الاشارة الى موقف محكمة النقض الفرنسية يجدر بنا أن نشير الى أن القضاء الفرنسي قد استقر على أنه اذا كان العيب الذى شاب ارادة أحد أطراف التصرف ظاهرا وقام صاحب الارادة المعيبة بتنفيذ التصرف، فانه يفترض فيه أنه نفذ التصرف عن وعي وادراك بهذا العيب مع العلم بأن الأمر في هذه الحالة يتعلق بافتراض واقعي فقط.(1)

3) نية الطرف المجيز في التنازل عن التمسك بالسبب الموجب لابطال التصرف:

تعتبر نية المجيز من أمور الواقع، أى أنها متروكة لقضاة الموضوع يتولون اكتشافها عن طريق دراستهم لوقائع الدعوى ، وهم غالبا ما يستخلصونها من تنازل الطرف المعيب الارادة عن رفع دعوى لتقرير بطلان التصرف الذى أجراه ، أى أن التنازل عن رفع دعوى البطلان وفق ما يقرر كوتيرييه COUTURIER يعتبر قرينة على اجازة التصرف المعيب. على أن الأمر في مثل هذه الحالة يتعلق بقرينة بسيطة ، اذ لا يكفي أن يتولى الطرف المعيب الارادة تنفيذ الالتزامات المترتبة في ذمته للقول أنه قد أجاز التصرف المعيب، بل يشترط أن تكون نيته قد اتجهت فعلا الى اجازة هذا التصرف.(2)

هذا ، والجدير بالملاحظة أنه يتعين أن تستوفي الاجازة شروطا متعددة حتى تنتج آثارها القانونية ، فباعتبارها تصرفا قانونيا تتطلب فيمن صدرت منه أن يكون أهلا للتنازل عن دعوى البطلان المقررة لصالحه ، بالاضافة الى ضرورة وجود نية التنازل عن التمسك بطلب الابطال حين تعبيره عن الاجازة . فمثلا لو أبرم شخص عقدا نتيجة اكراه ، فان اجازته لا تنتج آثارها الا اذا كان عيب الاكراه قد زال وقت الاجازة لأن بقاء هذا العيب حين الاجازة دليل على أن ارادته لم تكن سليمة حينما أجاز التصرف.(3)

ثانيا : هل هناك شروط شكلية تتطلبها صحة الاجازة ؟

تعتبر الاجازة تصرفا قانونيا آحاديا ، أى أنها تنتج آثارها بمجرد صدورها ممن كانت ارادته معيبة دون حاجة الى موافقة الطرف الآخر على صدورها .

والمقرر في هذا الصدد أنه لا يشترط في الاجازة أن تصدر في شكل معين ، فقد تكون صريحة ، كما أنها قد تكون ضمنية، وفقا لما تقضي به المادة 100 من القانون المدني اذ

---

(1) نقض مدني 1922/04/10 منشور في ج . ب . G.P لسنة 1922 ، ص 17.

(2) كوتيرييه /رسالته في اجازة التصرفات الباطلة ، المرجع السابق ، بند 28 ، ص 21.

(3) مارتي وربنو/القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 202 ، ص 184 ، وكاربونييه /القانون المدني ، ج 4 ، بند 48 ، ص 154 .

نصت على أنه "يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية ... ".

أ) فأما الاجازة الصريحة فتتحقق حينما يعلن الطرف ذو الارادة المعيبة عن نيته في اجازة التصرف الذي أجراه صراحة ، وذلك كأن يعلم أحد طرفي التصرف أنه حين ابرام عقد البيع كان ضحية غلط في ماهية الشيء المبيع ثم يصرح للطرف الآخر المتعاقد معه عن اجازته لعقد البيع المبرم رغم قيام العيب الذي شاب ارادته حين التصرف، فيعتبر هذا العمل منه صورة صريحة للاجازة.(1)

غير أن الاعلان أو الكتابة ليسا ضروريين لصحة الاجازة ، بل يكفي أن يقوم الدليل على صدورها ممن خولهم المشرع هذا الحق على وجه ثابت.(2)

ب) وأما الاجازة الضمنية ، فتستخلص من قيام من كانت ارادته معيبة بالتنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزامات المترتبة في ذمته على الرغم من معرفته للعيب الذي شاب ارادته ، اذ أن المبدأ المقرر في هذا الصدد - كما رأينا - هو أن الاجازة لا تفترض ، فمثلا اذا باع شيخ مسن تحفته الأثرية بثمن بخس تحت تأثير جامح لزوجته الشابة التي هددته بمغادرته ان رفض طلبها ، فعلى الرغم من ادراكه لهذين العيبين اللذين شابا ارادته وهما : الاستغلال والاكراه المعنوي فانه يقوم بنقل هذه التحف كلها أو جزء منها اليها .

على أن الاجازة الضمنية لا تتضح فقط بالتنفيذ الجزئي أو الكلي للالتزام بل يمكن استخلاصها من الظروف والملابسات كأن يقوم الطرف المعيب الارادة بالتصرف في الشيء للغير الذي تلقاه بتصرف معيب ، وصورة ذلك أن يشترى شخص سيارة تحت تأثير تدليس ، وبعد علمه بهذا العيب يقوم بالتصرف فيها عن طريق بيعها للغير أو هبتها مثلا ، فهذا التصرف منه ينبئ عن أن نيته قد انصرفت الى اجازة عقد البيع الذي كان معيبا .

واذن ، فالاجازة الضمنية يمكن استخلاصها من كل تصرف يقطع عن نية من صدر عنه أنها انصرفت الى اقرار التصرف ، عن تنازله عن استعماله لحق البطلان المقرر له قانونا .

هذا ، وما دمنا بصدد الاشارة الى الاجازة الضمنية ، فان لنا أن نتساءل عما اذا كان سكوت من تقرر البطلان النسبي لمصلحته عن رفع دعوى الابطال خلال المدة المحددة له قانونا يعتبر ضربا من الاجازة الضمنية ؟

---

(1) بلانيول وريبير واسمان / المطول العملي ، ج 6 ، المرجع السابق ، بند 307 ، ص 391.
(2) كوتيرييه / اجازة التصرفات الباطلة ، المرجع السابق ، بند 43 ، ص 30 .

وللاجابة على هذا التساؤل نقول: ان الفكر القانوني التقليدي كان يرى أن هذه الحالة تعتبر نوعا من الاجازة الضمنية بدعوى أن سكوت صاحب المصلحة عن رفع دعوى الابطال يتضمن تنازلا منه عن حقه في استعمال الحق المقرر له قانونا.

على أن هذه الوجهة وان كانت تتضمن بعض الحقيقة فانها - وفقا للاتجاه الفقهي الحديث - لا تكفي وحدها لتفسير السبب الذي دعا المشرعين الى اعتماد تقادم دعوى الابطال، فالمشرعون حين أعتمدوا فكرة تقادم دعوى الابطال قد استهدفوا أساسا تحقيق المصلحة العامة واستقرار الأوضاع القانونية، ذلك أن حق التمسك بالابطال - على خلاف ما هو الأمر عليه بالنسبة الى دعوى البطلان المطلق - يقتصر على الشخص الذي تقرر البطلان لمصلحته، والقول بعدم تقييد حقه في رفع دعوى الابطال يؤدي الى خلق نوع من الفوضى في المراكز القانونية، لأن الأخذ بهذا القول سيجعل مصير التصرف الذي يوجد الشخص طرفا فيه مهددا غير مستقر الدعائم، فلا هو تصرف ثابت يمكن الاطمئنان اليه، ولا هو تصرف باطل. ولذلك فان تحقيق المصلحة العامة والاستجابة لمبدأ ثبات واستقرار الأوضاع والمراكز القانونية قد استدعيا من المشرع أن يتدخل فيحدد للطرف الذي يتمتع بحق طلب الابطال مدة زمنية معينة يتعين عليه أن يقوم خلالها برفع دعوى الابطال، فاذا لم يحرك ساكنا خلالها فان سكوته يؤدي الى منعه من حق رفع هذه الدعوى، وبهذا المنع يستقر التصرف نهائيا وتثبت دعائمه، ويساعد على تحقيق مبدأ استقرار الأوضاع والمراكز القانونية.(1)

وخلاصة القول: ان الاجازة - بحسب الأصل سواء كانت صريحة أو ضمنية - لا تحتاج الى شكل معين لكي تنتج آثارها القانونية، وانما يجب أن تصدر ممن خوله القانون حق القيام بها، وأن تكون نية صاحبها قد انصرفت الى النزول عن التمسك بالعيب الذي شاب ارادته. على أن هذه القاعدة ليست مطلقة اذ توجد حالات لا يمكن أن تنتج الاجازة الضمنية فيها أي أثر على الرغم من أن صاحبها قد يقوم بتصرف يكشف عن نيته في اجرائها، ومن قبيل ذلك ما يقرره المشرع الفرنسي في المادة 101/1 تجاري فرنسي الواردة بالقانون رقم: 66-537 المؤرخ في 24/07/1966 والمتعلق بالشركات التجارية التي مفادها أن القائم على ادارة شركة مساهمة يمنع من ابرام عقد مع الشركة التي يديرها دون موافقة

---

(1) وارتي ورينو/القانون المدني، الالتزامات،ج 2، المرجع السابق،بند 206،ص186، وفلور وأوبير/الالتزامات،ج 1، التصرف القانوني، المرجع السابق،بند 350،ص ص 270 - 271.

مسبقة من طرف مجلس الادارة . وقد قرر القضاء الفرنسي وهو بصدد تطبيقه لهذا الحكم أن مجرد تنفيذ العقد المبرم المشوب بعيب البطلان قبل استصدار الموافقة المسبقة المطلوبة لا يكفي أن نستخلص منه أن الاجازة قد حصلت، وأن العيب الذي شاب العقد المبرم قد تمت ازالته عن طريق تنفيذه (1)

وهو نفس الحكم الواجب التطبيق بصدد المادة 627/ 1 تجاري جزائري التي تضمنت حكما مماثلا للحكم المنصوص عليه في المادة 101/ 1 تجاري فرنسي، بنصها على أنه "لا يجوز عقد أي اتفاق بين الشركة وأحد القائمين بادارتها سواء كان بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو بالواسطة الا بعد استئذان مجلس الادارة مسبقا وبعد تقديم تقرير من مندوب الحسابات وذلك تحت طائلة البطلان".

المطلب الثاني

تحديد الطبيعة القانونية للاجازة وتمييزها عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى

الفرع الأول

تحديد الطبيعة القانونية للاجازة

ان الاجازة - كما يتضح من تعريفاتها المختلفة - ليست ذات طبيعة تعاقدية، اذ هي تتوقف على ارادة الطرف الذي قرر البطلان لمصلحته فقط فيثبت له هو وحده الخيار بين اجازة التصرف أو التمسك ببطلانه.

غير أن تحديد الطبيعة القانونية للاجازة كان محل جدل فقهي واسع، فقد انطلق البعض من معطيات النظرية التقليدية التي تعتبر البطلان وصفا يلحق التصرف ليصلوا الى القول بأن الاجازة ماهي الا وسيلة لازالة سبب البطلان الذي يهدد التصرف، ولذلك لا غرابة في أن نجد أوبري ورو يعرفان الاجازة بقولهما : "الاجازة تصرف قانوني بمقتضاه يقوم شخص بازالة العيوب التي لحقت التصرف والذي كان بامكانه المطالبة بابطاله" (2)

والواقع أن هذا الرأي يجد مصدره في المادة 1338/ 3 مدني فرنسي التي ورد بها أن الاجازة . . . تؤدي الى التنازل عن الوسائل والدفوع التي كان بالامكان الاعتراض بها على التصرف . . " (3) . ويعتبر هذا الرأي سليما اذا ما حددنا مجال أعماله بالبطلان

(1) نقض تجاري 13/12/1976، منشور بدالوز 1977، ص 375 مع تعليق الأستاذ ميشيل جوتان .

(2) يراجع أوبري ورو /المرجع السابق، ج 4، بند 337، ص 429.

(3) يجري نص المادة 1338/ 3 مدني فرنسي على النحو الآتي : " La confirmation ... emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait exposer ...

النسبي ، اذ يصح اعتبار الاجازة بمثابة تعبير عن ارادة الطرف الذى قرر المشرع حمايتـــه، وبمقتضاه يتنازل عن الحماية المقررة له ، وذلك بتنازله عن حقه في التمسك بالابطـــال .
وبامعان النظر في هذه الوجهة نجدها تضفي على الاجازة خاصيتين جوهريتين ،فهـــي تؤدى الى التنازل عن الحق في طلب الابطال من جهة وتؤدى من جهة ثانيـــة الى ازالة العيب الذى كان يشوب التصرف بأثر رجعي ،أى ابتداء من تاريخ نشوء التصرف.

على أن بعض الفقه وان كان يعتبر الاجازة بمثابة تنازل عن دعـوى الابطال ،أو كمـا يسميـه- متأثرا بالفقيه جابيو - بالتنازل عن حق النقد ، فانه يرى الوقوف عند هذا الحد دون القول بأن الاجازة تلعب الدور الثاني الذى أنيط بها والمتمثل في تصحيـــح التصـرف بأثـر رجعي .

وانطلاقا من هذا التحليل فان هذا الفريق من الفقه يرى أن دعوى البطـــلان ليست سوى حق نقد التصرف المعيب، وان الاجازة ليست سوى تنازل عن هذا الحـق (أى حق النقـد)، (1) وهو أمر أدى به الى حد التساؤل عما اذا كان بالامكان اجازة كل تصرف أيا كانت درجة جسامة العيب الذى شاب هذا التصرف، وعما اذا كـــان يمكن مد آثار الاجازة الى نطاق التصرفات الباطلـة بطلانا مطلقـــا ؟

ولو تفحصنا هذا الرأى، فاننا نلاحظ أن له أهمية لا يستهان بها ، فهو يدعـونـا الى التساؤل عما اذا كان يتعين الوقوف عند القول بأن الاجازة نوع واحد أم يجـب الاعتـــراف بتنـوعهــــا ؟

والواقع أن مثل هذا التساؤل الذى نثيره مسايرة لهذا الفريق من الفقه ليس بالأمر الجديد ، فقد سبق أن أثاره كل من ريبير وبولانجيه اذ سبق لهما أن أكدا أن الاجازة قد تؤدى أحيانا الى احلال عنصر صحيح محل العنصر المعيب، بينما تؤدى أحيانـا أخرى الى مجرد التنازل عن الحق في طلب الابطال . وقد أدخلا في اطار الفـرض الأول حالة التصرف الصادر من ناقص الأهلية ، ومن كانت ارادته معيبة بأحد العيـوب الثلاثة : الغلط أو التدليس أو الاكراه ، أما الفرض الثاني فقد أدرجاه تحته حالة الغبن.(2)

contre cet acte."

../..

(1) كوتيرييه/رسالته ، بند 12 وما بعده ،ص 10 وما بعدها .
(2) الأستاذان ريبير وبولانجيه/المطول الأولي في القانون المدني ،ج 2 ،بند 857 ، ص 291.
RIPERT et BOULANGER, traité élémentaire de droit civil, tome II.

كما أن هذه التفرقة وجدت صداها أيضا لدى الأستاذ فرجات FARJAT الذى قام بالفصل في دراسته للاجازة ، بين ما اسماه بـ"الاجازة التي تفيد النزول عن طلب الابطال confirmation- renonciation " و " الاجازة المصححة confirmation- réparation."

هذا ، والاختلاف في تصور طبيعة الاجازة تترتب عليه نتائج ذات أهمية بالغة اذ أنه يؤدى الى الاختلاف في تحديد الأثر الذى يترتب عليها. فبينما ينطلق أنصار الاتجاه الأول من فكرة ازدواجية وظيفة الاجازة ، فيضفون عليها أثرا رجعيا ، ويقررون - تبعا لذلك - أن التصرف متى تمت اجازته من طرف من خوله المشرع هذا الحق فانه يصبح صحيحا من تاريخ انشائه ، ومن ثم لا يمكن المنازعة في الآثار التي سبق أن رتبها خلال الفترة الممتدة من تاريخ انشائه حتى لحظة اجازته ، فان انصار الاتجاه الثاني يرون أنه لا حاجة للجوء الى فكرة الأثر الرجعي(2) ، فطالما ان الاجازة تعتبر تنازلا عن الحق في التمسك بالبطلان فان فكرة الرجعية لم تبق لها أية أهمية ، اذ أن تنازل من يتمسك بحق النقد يؤدى بالتبعية الى حرمانه من امكانية المنازعة في الآثار التي أنتجها التصرف سواء نشأت آثار التصرف في الفترة السابقة عن اللحظة التي تمت فيها الاجازة أو الفترة اللاحقة لها(3).

واذا ما عدنا الى احكام القانون المدني الجزائرى فان ظاهر صياغة المادة 1/101 التي نصت على انه " يسقط الحق في ابطال العقد ... " يدعونا الى الاعتقاد بان مشرعنا- وان كان قد قصر مجال الحديث عن الاجازة بصدد العقود - قد اعتبرها بمثابة نزول عن الحق في طلب الابطال . على أن ذلك لا يحول دون القول بأن الاجازة حالة صدورها ممن يملك حق اصدارها ترتب أثرا رجعيا ، وان كان المشرع قد قيد اعمال هذا الأثر بضرورة عدم المساس بالحقوق التي يكون الغير قد اكتسبها بناء على العقد الذى تمت اجازته. ودليلنا على ذلك ما أورده المشرع صراحة في المادة 100 من القانون المدني بما نصه" يزول حق ابطال العقد

---

(1) فرجات/رسالته ،ديجون 1963 ، بند 522، وما بعده ، ص 417 وما بعدها ، وخاصة بند 526 ، ص419 .

(2) كوتيرييه / رسالته ،بند 77،ص 54 .

(3) كوتيرييه / رسالته ،بند78 ،ص 55 .

بالاجازة الصريحة أو الضمنية ، وتستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه ابرام العقد ، دون اخلال بحقوق الغير ".

واذن ، فان صياغة المادة 100 من القانون المدني الجزائري في وضعها الحالي تفيد أن المشرع قد أضفى الأثر الرجعي على الاجازة . ونرى أنه كان يستحسن بمشرعنا القول بأن للاجازة أثرا تثبيتيا ، لأن دور الاجازة - كما هو مقرر - أنها تؤدي الى تثبيت دعائم تصرف كان مهددا بالزوال ، خاصة وان اعتماد المشرع لهذا التحليل يحقق عملية التنسيق ما بين المادتين 100 و 101/1 من القانون المدني .

الفرع الثاني

تمييز الاجازة عن غيرها من الأنظمة القانونية المشابهة

تتميز الاجازة عن غيرها من الأنظمة القانونية المشابهة لها كالتنازل ، وانشاء التصرف من جديد ، وتصحيحه ، والاذن للقاصر بالتصرف ، والاقرار ، وهذا ما نعالجه بشيء من البيان تباعا :

1) الاجازة والتنازل : ليس من السهل التمييز بين الاجازة والتنازل ، ذلك ان كلا منهما يعتبر تصرفا آحاديا يؤدي في نهاية الأمر الى عدم تمسك من صدرت عنه الاجازة أو التنازل بالحق المقرر له ، فالأولى تؤدي بطرف التصرف الذى تقرر البطلان لمصلحته الى عدم امكان استعماله فيما بعد ، والثانية تؤدي بالشخص المتنازل الى فقد امكان المطالبة بالحق الذى تنازل عنه مرة ثانية ، على أنهما اذا كانا يتحدان من حيث الأثر القانوني فانهما يختلفان من حيث نطاق اعمال كل منهما ، ويبدو ذلك فيما يلي :

أ) فالاجازة يتحدد مجال اعمالها بما درج العمل على تسميته بالبطلان النسبي فقط ، في حين أن التنازل يسري على كل التصرفات القانونية التي يرى المشرع جواز الرجوع فيها ، فهي تصدق بالنسبة الى الحقوق العينية والحقوق الذهنية كما أنها تنتج آثارها بصدد الحقوق الشخصية ، بل ان بعض الفقه يذهب الى ادماج الاجازة في اطار التنازل كالأستاذ كوتيرييه الذى يرى أن الاجازة ليست سوى تنازل عن الحق في نقد التصرف(1).

---

(1) الأستاذ كوتيرييه / الرسالة ، بند 151 و 152 ، ص ص 120 - 121 .

ب) يفترض في التنازل أن التصرف قد نشأ صحيحا و منتجا لآثاره بين طرفيه ، كأن يتنازل الغير عن حقه في رفع دعوى عدم نفاذ التصرف أو الدعوى البولصية المقررة له قانونا ، في حين أن الاجازة تفترض ان التصرف الذي كان موضوعا لها قد نشأ مريضا كما يقول أنصار النظرية التقليدية فيؤدي اعمالها الى تدعيم ركائزه ، وصيرورته من ثم بمنأى عن خطر البطلان الذي كان يهدده .

جـ) كما يوجد اختلاف بينهما فيما يتعلق بتحديد الأشخاص الذين يمكنهم التمسك بكل منهما ، فالاجازة لا تنتج آثارها الا اذا صدرت من أحد أطراف التصرف سواء صدرت ممن كانت ارادته مشوبة بعيب من العيوب المقررة أو ممن خوله المشرع هذا الحق كخلفه العام أو الخاص ، في حين أن التنازل قد يصدر من الغير كتنازل الغير عن حقه في التمسك بعدم سريان التصرف في مواجهته.(1)

2) الاجازة وعمل التصرف من جديد :

يراد بعمل التصرف من جديد (réfection de l'acte) تلك الحالة التي يلجأ فيها أطراف التصرف الى اجرائه من جديد (2) اى انه يعتبر بمثابة انشاء لتصرف قانوني جديد منتج لآثاره مستقبلا فقط ، أى اعتبارا من تاريخ انشائه ، وبهذا المفهوم فان عمل التصرف من جديد يختلف عن الاجازة التي تؤدي -كما أسلفنا- الى نزول من قام سبب الابطال في جانبه عن حقه في التمسك بهذا السبب ، وهو أمر من شأنه أن يجعل التصرف المبرم بمنأى عن خطر الابطال الذي كان يهدده منذ لحظة انشائه الى حين اجازته.(3)

يضاف الى ذلك أن عمل التصرف من جديد يتطلب توافر الأهلية في كل من أطرافه وقت اجرائه ، في حين أن الاجازة يتطلب فيها توافر الأهلية في المجيز وحده وقت الاجازة .(4)

كما يلاحظ أن الاجازة ترد على تصرف قابل للابطال ، أما اجراء [illegible] صرف من جديد فان طرفي التصرف يلجآن الى اعتماده بصدد التصر[illegible] طلة بطلانا

---

(1) فالد و ليفر (ف) /اجازة التصرفات الباطلة ، رسالة باريس 4 [illegible] ، ص ص 4 - 5 .
FALDELIEVRE (F) , la confirmation des actes nuls, thèse, Paris 1964.
(2) جوديميه/مطوله في الالتزامات ، ص 171 .
(3) يراجع ما سبق تحليله بهذا الصدد ، ص 431 وما بعدها من هذه الرسالة .
(4) الدكتور السنهوري/الوسيط ، ج 1 ، بند 316 ، ص 566 .

مطلقا نظـرا لأن هذه التصرفات لا يمكن أن تكون محلا للاجازة .

3)الاجازة وتصحيح التصرف :

يعتبر تصحيح التصرف (la régularisation de l'acte) بمثابة ازالـــة العيب الذى شاب هذا التصرف ، وهو وسيلة يلجأ الى اعتمادها غـالبا بصدد الشركات التجارية لتثبيت دعائم الشركة التي تم انشاؤها وذلك بازالة العيب الذى كـــان يهددها بالبطلان ، حتى لو لم يقم الطرف الذى شـاب هذا العيب ارادتـــه باجازته ، ومن قـبيل ذلك ما تـقـضـي بـه المادة 738/2 تجـارى جزائرى من أنـه يجـوز لكـل شريك وللشركة أن يتخذا كل اجراء من شـأنه أن يحـول دون بطلان الشركة كشراء حقوق أسهم الطرف المعيب الارادة شـريطة ألا يكون سبب البطلان راجعا لعدم مشروعية محل الشركة ، لأن الحكم ببطـلان الشركة في هذا الفرض يكون وجوبيـا (المادة 735 تجارى).

وترتيبا على ذلك ، فانه اذا لم يتم احترام الأحكام المنصوص عليها بصدد انشاء الشركات فان الشركة تصبح معيبة ، فيكون " التصحيح " وسيلة لازالة هذا العيـب ، وذلك برفع النقص الذى شابها ، وهو أمر من شأنه أن يؤدى الى منع الطرف الـــذى كان بامكانه التمسـك ببطلان الشركة من استعمال هذا الحق . وينتج من هـــذا التحليل أن تصحيح التصرف يتحد من حيث الأثر مع الاجـازة اذ أن كـلا منهمـــا يؤدى الى تثبيت دعـائم التصرف الذى نشأ معيبا .

على أن وحدة الهدف المبتغى في اطار التصحيح والاجـازة لا تمنع من القول بأن هناك اختلافا بينهما ، ذلك ان الاجازة لا تضيف شيئا جديدا الى التصـــرف ، بل يبقى التصرف مشتملا على نفس العناصر المكونة له وقت انشائه ، على خـــلاف تصحيح التصرف الذى يتم عن طريق ادخال عـنصر جديد على التصرف وذلك عـــن طريـق شراء أسهـم الطرف المعيب الارادة في الشركة لا بعاد خطر البطلان عنها ، أو تطبيق الحكم الذى تقرره المادة 90/2 مدني من أن الطرف المستغل (بـكـسـر الغين) يجـوز له في عقـود المعاوضة أن يتوقـى دعوى الابطال وذلك بعـرض مايراه القاضي كافيا لرفع الغبن . ففـي هذين الفرضين يكون شراء أسهم الطـرف المعيب الارادة في الشركة ، وعرض ما يكفـي لرفع الغبن (كـتكملة الثمن) عنصرا جديـدا يؤدى الى تصحيح الشركة أو العقد الذى كـان كل منهما مهددا بالبطلان .

4) الاجازة و الترخيص للقاصر باجراء التصرف :

يفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بصدد القصر بين طائفتين ،فهناك من يعتبرون عديمي الأهلية (وهم الذين يقل عمرهم عن سبع (07) سنوات) وهناك من يعتبرون ناقصي الأهلية وهم الذين يتجاوزون السابعة ولكنهم لم يبلغوا بعد سن الحلم أو لم تتوافر لديهم صفة الرشد .

وقد رأينا أن المشرع الجزائري قد اعتد بهذه التفرقة وان كان قد خرج عن السن المحددة من طرف الفقهاء المسلمين فاعتبر الشخص عديم الأهلية متى كانت سنه تقل عن السادسة عشر سنة (المادة 42/2 مدني) وناقص الأهلية متى تجاوز سن التمييز أى أتم ستعشرة سنة (المادة 43 مدني) ولم يصل بعد الى سن الرشد التي حددها المشرع في المادة 40/2 مدني بتسع عشرة سنة .

واستنادا الى هذه التفرقة القائمة على أساس القدرة على الادراك والتمييز،منع المشرع بمقتضى المادة 82 من قانون الأسرة عديم الأهلية من القيام بأى تصرف (1) في حين أنه أجاز لناقصيها التصرف في أمواله بصفة كلية أوجزئية اذا ما حصل على ترخيص سابق من القاضي (المادة 84 من قانون الأسرة) (2). على أن هذا الترخيص السابق وان كان من شأنه أن يجعل التصرف الذى يجريه القاصر ثابت الدعائم فانه يبقى مختلفا عن الاجازة ، ذلك أن الاجازة تصرف ارادى انفرادى لاحق لانشاء التصرف المعيب يؤدى وجودها الى النزول عن حق طلب ابطال التصرف ممن خوله المشرع هذا الحق في حين أنه يشترط في الترخيص أن يكون قد حصل قبل أن يجرى القاصر التصرف ، كما ان هذا الترخيص يصدر عن غير المتعاقد على خلاف الاجازة التي تصدر عن شخص كان طرفا في التصرف .

الاجازة والاقرار :

يعتبر الاقرار (la ratification) وسيلة لاجازة التصرف الذى يجريه شخص ليست له صفة القيام به ، ومن قبيل ذلك أن يبيع شيئا ليس مملوكا له ،فمثل هذا التصرف

(1) فقد نصت هذه المادة على مايلي " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة " .

(2) نصت المادة 84 أسرة على مايلي " للقاضي ان يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أوكليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة ، وله الرجوع في الاذن اذا ثبت لديه ما يبرر ذلك " .

يبقى وفقا لصريح نص المادة 397/2 مدني متوقفا على اقراره من طرف المالك الحقيقي ، فان وافق هذا الأخير كنا - حينئذ - بصدد اقرار التصرف المبرم (المادة 398/1 مدني) وليس اجازة له لأنه في هذه الحالة يكون من صدر عنه الاقرار قد وافق على التصرف الذى أجراه البائع الذى ليس مالكا للشيء المبيع باسمه ودون أن يتلقى وكالة سابقة من المالك الحقيقي .(1)

وبذلك يتضح ان الاقرار يقوم به شخص آخر غير طرفي التصرف ، وهذا على خلاف ما يحدث بصدد الاجازة اذ انها تصدر عن طرف في التصرف يخوله المشرع حق التمسك ببطلان هذا التصرف أو التنازل عنه . وفضلا عن ذلك ، فان الاجازة بمجرد صدورها تؤدى الى تثبيت دعائم التصرف المعيب ، أما الاقرار فانه في حالة حصوله يؤدى الى اعتبار التصرف المبرم من طرف الغير كأنه أجرى بوكالة من صاحب الحق الأصلي في اجرائه . ولذلك تقول القاعدة اللاتينية اى الاقرار اللاحق كالوكالة " Ratihabitio mandato aequiparatur " .

هذا ، وتجدر الملاحظة الى أن الاقرار يعتبر تصرفا قانونيا جديدا يأتي لاحقا لتصرف سابق أجراه طرف لم يكن يملك حق التصرف في الشيء موضوع التصرف ، ومن ثم فان هذا التصرف لا يسرى في مواجهة المالك الحقيقي للشيء المبيع قبل صدور الاقرار منه على خلاف الاجازة التي تصدر من شخص كان طرفا في التصرف المعيب.

المطلب الثالث

نطاق الاجازة وآثارها

الفرع الأول

نطاق الاجازة (أو بيان التصرفات القابلة للاجازة)

تولى المشرع الجزائرى تحديد مجال الاجازة بصدد العقود ، فنص صراحة بمقتضى المادة 100 على أنه " يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية ... " . ورغم أن المشرع قد اقتصر على اجازة التصرف في حالة ما اذا كان عقدا اذ أوضح ان العقد القابل للابطال هو وحده الذى يمكن أن يكون موضوعا للاجازة

---

(1) أوبرى ورو بمساعدة بارتان / القانون المدني ، ج 6 ، الطبعة الخامسة ، بند 337 ، ص 430 الهامش (4)
AUBRY et RAU , droit civil, tome VI, par BARTIN, 5e édition,

فاننا نرى ضرورة تعميم هذا الحكم بالنسبة الى كل تصرف قانوني ، ونستخلص من ذلك قاعدة عامة موداها أن " التصرفات القابلة للابطال هي وحدها التي تصلح أن تكون موضوعا للاجازة " . على أن هذا الرأى الذى اعتمده المشرع الجزائرى ومن سبقه من المشرعين الآخرين لم يكن له صدى لدى بعض الفقهاء الذين لا يمانعون في امكان ورود الاجازة على التصرفات الباطلة أيضا ، بل وحتى المنعدمة منها خاصة أولئك الذين لا يزالون يعتمدون هذه النظرية التي أفل نجمها .

أولا : - الاجازة والتصرفات القابلة للابطال :

يراد بالتصرفات القابلة للابطال تلك التصرفات المعيبة أى التي ينقصها شرط من شروط الصحة كما تقضي بذلك النظرية التقليدية التي اعتمدها المشرع الجزائرى والمتمثلة في نقص الأهلية أو وجود عيب من عيوب الرضا .

واذا كان موقف المشرع الجزائرى يتماشى مع غالبية الفقه ، فان بعض الفقه الآخذ بضابط المصلحة كمعيار للتفرقة ما بين نوعي البطلان : المطلق والنسبي ، تساءل عما اذا كانت كل التصرفات الباطلة قابلة للاجازة ، سواء أكان البطلان قد تقرر لدواع متعلقة بالصالح العام أم تقرر لحماية مصلحة خاصة ، أم أنه يتعين قصر مجال اجازة التصرفات الباطلة على الحالة الثانية وحدها .

وللاجابة على هذا التساؤل فان هذا الفريق من الفقه لا يمانع في تقرير البطلان اذا كانت القواعد التي تم خرقها متعلقة بحماية المصلحة العامة ، اذ المقرر أن الاجازة لا ترد على التصرفات التي تخالف الأحكام التنظيمية التي تستهدف حماية المصلحة العامة ، وتأكيدا لهذه الوجهة فان الاستاذ " فرجات " يقرر أن تنظيم العلاقات التعاقدية لم يعد له طابع اقتصادى فحسب ، ولكنه قد يراد به تحقيق أهداف اجتماعية ، فقد يتدخل المشرع لتنظيم علاقات اجتماعية معينة بصفة آمرة دون أن تكون لهذه العلاقات طبيعة اقتصادية بحتة . وترتيبا على ذلك ، فانه لايمكن أن نقرر صحة تنازل عامل عن الحد الأدنى المضمون للأجر ، وعن العطل المدفوعة الأجر ، لأن هذه الأحكام أريد بها حماية المصلحة العامة ، ومن ثم فانها لايجوز التنازل عنها " (1) .

(1) الأستاذ : فرجات (FARJAT) / النظام العام الاقتصادى ، باريس 1963 ، بند 516 ص 499 ، غير أن محكمة النقض الفرنسية ، لم يسبق أن اعتمدت هذا الرأى ، اذ قررت بمقتضى حكم صادر عنها بتاريخ 18 مارس 1955 أن العامل يجوز له ان يتنازل مسبقا عن العطل المقررة له قانونيا ، وقد نشر هذا الحكم بدالوز سنة 1956 ، ص 517 ، مع تعليق الأستاذ : مسالورى .

أما اذا كانت القواعد التي لم يتم احترامها تستهدف حماية المصلحة الخاصة وحدها ، فان هذه الحماية تبقى قابلة للتنازل عنها من طرف من قررت لمصلحته ، و يرتب تنازله عنها آثاره القانونية طالما أن المتنازل كان حرا حين تنازله عن التمسك بحق الابطال المقرر لصالحه.(1)

على أننا نلاحظ بهذا الصدد أن تطبيق هذا الحكم يقتضي نوعا من الحيطة ، ففكرة المصلحة بصفة عامة وتحديد ما يعتبر من قبيل المصلحة العامة و المصلحة الخاصة مسألة مرنة تختلف باختلاف الدول استنادا الى معطياتها السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية ، وللتدليل على ذلك نشير الى انه اذا كان القضاء الفرنسي مثلا قد أجاز تعديل بعض أحكام قانون العمل كما هي الحال بالنسبة الى العطل اذ أجاز التنازل عنها من طرف العامل ، فان الأمر على خلاف ذلك بالنسبة الى المشرع الجزائري الذي اعتبر أحكامها متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم رتب البطلان كجزاء على مخالفتها ، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 26 من القانون الأساسي العام للعامل (2) على أنه " يعد باطلا وعديم الأثر كل شرط مدرج في عقد عمل يخالف الأحكام التشريعية و التنظيمية ويكون في غير مصلحة العامل " كما أنه كيف العطلة المقررة للعامل بأنها ذات وجهين ، فنص في المادة 79 على أنها حق له ، و أوضح في المادة 81 أن مصدر هذا الحق هو القانون ، و جعلها في المادة 87 التزاما على العامل فألزمه بالتقيد بها كل سنة .

لذلك ، فانه يتعين على القضاء أن يحتاط وهو بصدد تطبيقه لمعيار المصلحة و ان يراعي كل الظروف التي يتواجد فيها.(3)

<u>ثانيا : هل يمكن أن ترد الاجازة على التصرفات الباطلة بطلانا مطلقا ، أو المنعدمة ؟</u>

يقضي منطق النظرية التقليدية بان التصرفات الباطلة (أو المنعدمة) لا يمكن أن تكون محلا للاجازة (4) لأن التصرف في هذه الحالة يكون قد ولد ميتا ، والميت

(1) يراجع تعليق الأستاذ مالوري ، منشور بدالوز لسنة 1954 ، ص519 على الحكم الصادر عن محكمة استئناف بواتيي POITIERS بتاريخ 1953/12/18 . وفي نفس المعنى : الأستاذ فارجات/رسالته في النظام العام الاقتصادي ، المرجع السابق ، بند513 ، ص 624.

(2) قانون رقم : 78 ـ 12 الصادر في 1978/08/05.

(3) يراجع ماسبق تحليله بصدد تحديد معطيات معيار المصلحة وكيفية تطبيقه ، صفحة 177 من هذه الرسالة.

(4) الأستاذ تريفانسكو / اجازة العقود الباطلة ، رسالة من باريس 1911 ، ص23.

لا يمكن بعث الحياة فيه من جديد ، ولذلك فان العمل قد استقر لدى انصارها على اعطاء حق التمسك بالبطلان المطلق لكل ذي مصلحة، في حين أن مثل هذا الحق يقتصر في مجال البطلان النسبي على الشخص أو الأشخاص الذين استهدف المشرع حمايتهم.(1)

على ان هذا الرأي الذي اعتمده المشرع الجزائري في المادة 102 مدني بنصه صراحة على ان العقد الباطل لا تلحقه الاجازة ، لم يلق تأييدا من طرف بعض الفقه ، اذ ظهر اتجاه حديث يرى امكان اجازة التصرف الباطل بطلانا مطلقا ،بحيث يكون بوسع الأطراف اجازة التصرف الباطل فيما بينهم ولكنهم يقيدون هذه الاجازة في انتاج آثارها بعدم المساس بمصالح الغير . ولتبرير هذا الرأي ، استند أنصاره الى ان الاجازة تهدف -في الاصل- الى التنازل عن الحق في الطعن في التصرف القانوني المشوب بالبطلان ، وان المنطق القانوني يستلزم - تبعا لذلك - ضرورة ورودها على كل أنواع البطلان لا فرق بين انعدام وبطلان مطلق وبطلان نسبي ، اذ أن جميعها تنطوي على حق الطعن وانه بامكان أي شخص يمنحه القانون حق التمسك بالبطلان استعمال هذا الحق أو التنازل عنه ، طالما ان اجازته للتصرف الباطل تقتصر من حيث آثارها على اطراف التصرف الباطل بطلانا مطلقا ولا يكون من شأنها المساس بحقوق الغير.(2)

هذا، ونحن بصدد الحديث عن التصرف الباطل نشير الى ذلك الفرض الشائع الذي يبطل فيه التصرف لمخالفته للشروط الأساسية التي يتطلبها القانون لصحته ،ثم يزول بعد ذلك سبب البطلان ،فيثار تساؤل حينئذ لمعرفة ما اذا كان يمكن اجازة هذا التصرف الذي كان باطلا أصلا؟ وصورة ذلك أن يقوم شخص باجراء تصرفات متعلقة بتركة

---

(1) مازو/ دروس في القانون المدني الفرنسي ،ج 2 ، بند 309 .

(2) يراجع في ذلك : الأستاذ :ج . غيستان/ تعليقه بدالوز 1974 ص 239 وما بعدها على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 1972 . ويراجع في هذا الاتجاه أيضا : توليبه TOULLIER في موء لفه القانون المدني الفرنسي ،ج 8 ،بند 518، ولا رومبير LAROMBIERE الذي يذهب الى ان الاجازة تلحق حتى التصرفات المنعدمة . وأوبري ورو /القانون المدني الفرنسي ،ج 4 ،ص 388 اذ يقرران أن جميع الالتزامات الباطلة والقابلة للابطال تخضع بصفة عامة لنظام الاجازة سواء تعلق البطلان بالجوهر أو بالشكل ،وسواء أكان مطلقا أم نسبيا يحمي مصلحة عامة أو خاصة ،بل يريان أن البطلان للنظام العام يمكن أن يكون موضوعا للاجازة متى زال السبب الذي أدى اليه.

مستقبلة أي أثناء حياة المورث ، فمثل هذا التصرف يخضع لأحكام البطلان المطلـــق تطبيقا للمادة 2/92 مدني لانه يقوم على أساس المضاربة على حياة المورث . ولكن مـــا الحكم لو أن هذه التركة آلت الى المتصرف فعلا ،فهل يمكنه اجازة التصرفات التي سبـــق أن أجراها قبـــل أن تؤول اليه التركة أو يمتنع عليه ذلك ؟

ان المقرر لدى الفقه والقضاء في هذا الصدد هو أن مثل هذه التصرفات تبقـى كـقاعدة عامة باطلة ،بحيث لا يمكن أن تصحح عن طريق الاجازة ،لانها لا وجود لها من الناحية القانونية ،بل انها في مرتبة العدم ، والمستقـر عليه انه لا يمكـن لشخص واحد وبارادته المنفردة ان يخلق من العدم تصرفا قانونيا (1)، فان أراد الطرفـــان اضفاء صبغة قانونية بشأنها فانهما يكونان ملزمين باللجوء الى ما يعرف قانونا بعمل التصرف من جديد.(2)

والواقع أن هذا الحكم سليم ومنطقي ،ذلك أن اعتماد فكرة عمل التصرف من جديد يودى الى نتائج مغايرة لتلك التي تترتب على اجازة التصرف الباطل ، فالاجازة تتميز بفكرة الرجعية ، أى أنها تودى الى ازالة العيب الذى شاب التصرف بأثر رجعي الـــى لحظة انشاء التصرف ، في حين ان عمل التصرف من جديد يسمح للتصرف بانتـــاج آثاره ابتداء من تاريخ ابرامه فقط (3)،وقد كانت محكمة النقض الفرنسية صريحة في هـــذا الحكم اذ قررت " انه اذا كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا فانه لن يكون قابلا للاجازة ، غير انه بامكان طرفيه تجديد اتفاقهما ".(4)

وترتيبا على ما سبق ، ففي اطار التعامل في تركة مستقبلة المشار اليه آنفا لا يمكـــن للاجازة ان تنتج أى أثر قانوني بالنسبة الى الفترة السابقة على تاريخ أيلولة التركة الـــى المتصرف . على أنه حين انتقال هذه التركة اليه ، يصبح بامكان الطرفين ابرام تصرفاتهما من جديد بصدد العناصر المكونة لهذه التركة دون ان يكون لهذا الابرام أى أثـــر

(1) الدكتور محمود جمال الدين زكي /المرجع السابق ،بند 125،ص249. ويعبر عن ذلك الدكتور السنهورى بان العدم لا يصير وجودا ولو أجيز ،في مؤلفه /الوسيط،ج 1 ، المرجع السابق ،بند 315 ،ص565 وهو نفس ما عبر عنه الأستاذ زهدى يكن /المرجع السابق،بند 371، ص 169.

(2) فوان /حظر التعامل في التركة المستقبلة في القانون الفرنسي ،رسالة من جامعة باريس1967، ص184.
VOUIN, la prohibition des pactes sur succession future en droit français, thèse, Paris, 1967.

(3) الدكتور جمال الدين زكي /المرجع السابق،بند 125،ص ص249 ــ 250. وغيستان/تعليقه السابق الاشارة اليه بدالوز لسنة 1974، كوتيرييه ، المرجع السابق، بند 328، ص93.

(4) نقض فرنسي 1966/05/04 منشور بدالوز لسنة 1966 مع تعليق الأستاذ :مالورى ،ومنشور ../..

رجعـــي .

هذا، ونحن بصدد الحديث عن علاقة الاجازة بالعقد الباطل، نرى ضرورة الاشارة الى التناقض الذى وقعت فيه بعض التشريعات العربية بصدد الهبة ومن قبيل هذا التناقض ما ورد في المادة 489 مدني مصرى من أنه " اذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه "، مفيدة بذلك أن البطلان باعتباره الجزاء المترتب على تخلف الشكل في مثل هذه الحالة يبقى قابلا لأن تلحقه الاجازة.(1) والواقع هو أن هذا الحكم ينطوى على تناقض واضح اذ كيف تلحق الاجازة عقدا منعدما لا وجود له من الناحية القانونية؟ . وقد كان هذا التناقض داعيا لبعض الفقه الى أن يقول ان الأعمال التحضيرية قد حاولت رفع هذا التناقض بقولها " ان الهبة الباطلـــة بطلانا مطلقا لعيب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي يعتبر تسليم الموهوب للهبـــة تنفيذا له، وانه لهذا السبب لا يجوز الاسترداد وفقا لقواعد الالتزامات الطبيعية".(2)

أما المشرع الجزائرى فقد نص في المادة 206 من القانون رقم : 84 - 11 الصادر في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة على ان " تنعقد الهبة بالايجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات ... "

وبهذا النص أوضح المشرع أن موضوع الهبة اذا كان عقارا فانه لا يكفـــي لقيامها تبادل الايجاب والقبول، واتمام الحيازة، بل لا بد من توافر الشكلية التي تعتبر ركنا فـــي التصرف بمقتضى المادة 12 من قانون التوثيق رقم : 70 - 91 الصادر في 1970/12/15 (3) الذى نص صراحة على وجوب توافر ركن الرسمية في التصرف بقوله " فضلا عن العقـــود (ومطلق التصرفات) المتضمنة نقل ملكية العقارات أو حقوق عقارية ... يجب تحت طائلـــة البطلان أن تحرر في الشكل الرسمي ... " وهو نفس الحكم الذى أكده المشرع في الفقرة الثانية من المادة 206 من قانون الأسرة بما نصه " واذا اختل احد القيود السابقة بطلـــت الهبة ".

../.. بـ: ج . س . ب JCP لعام 1967 الجزء الثاني بند 036 15 تعليق مازو (جان).

(1) الدكتور السنهورى/الوسيط، ج 1، المرجع السابق، بند 315، ص 565، وفي مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص 109.

(2) مجموعة الاعمال التحضيرية، الجزء الرابع، ص 252، وذهب الدكتور سليمان مرقس الى ان التعليل الوارد في مجموعة الأعمال التحضيرية غير صحيح، اذ يرى أن البطلان الوارد فـــي المادة 489 مدني مصرى هو بطلان من نوع خاص، هو قيام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ الهبة الباطلة لعيب في الشكل، يراجع مؤلفه : النظرية العامة للالتزامات، المرجـــع السابق، بند 233، ص 278.

(3) هذا، مع ملاحظة ان تاريخ سريان هذا القانون قد تحدد بـ: 1971/01/01 (المادة 53

../..

و اذن فالحكم عند المشرع الجزائرى أنه حتى لو تم تنفيذ هبة عقار من طرف الواهب أو ورثته مختارين الى الموهوب له دون توافر ركن الرسمية فان الهبة تعتبر باطلة بطلانا مطلقا، ولا ترد عليها الاجازة، ويحق للواهب أو ورثته استرداد ما سلموه الى الموهوب له، وهذا الحكم يتماشى مع منطق نظرية البطلان، ولا يتناقض معه، على عكس ما رأيناه عند المشرع المصرى في المادة 489 مدني .

الفرع الثاني

آثار الاجازة

لقد سبق القول : بأن الاجازة تعتبر تصرفا قانونيا فرديا، ولذلك فانها لا تلزم الا الطرف الذى صدرت عنه، ولا يمكن أن تمس حقوق الغير، وسنوضح أثرها فيما بين أطراف التصرف، ثم بالنسبة الى الغير .

أولا : أثر الاجازة فيما بين أطراف التصرف:

ان للاجازة فيما بين أطراف التصرف المعيب أثرا تثبيتيا، أى أنه يفترض في التصرف المجاز وكأنه قد نشأ صحيحا تام التكوين منذ لحظة اجرائه . ولذلك فان المقرر في هذا الصدد هو أن الطرف الذى كانت ارادته معيبة فانه متى أجاز التصرف المعيب لن يكون بامكانه أن يرفع دعوى ابطال هذا التصرف ثانية، أو أن يلجأ الى استعمال وسيلة الدفع بالبطلان متى طالبه الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته، وهذا ما قصده المشرع في المادة 100 مدني بقوله "يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية " .

واذا كان هذا هو الأمر بالنسبة الى آثار الاجازة، فان هناك تساؤلين قد ظهرا بهذا الصدد، موضوعهما البحث عما اذا كان يمكن أن تكون الاجازة مجزأة، ثم ما مدى امكان تعليقها على شرط ؟

فأما بالنسبة الى التساؤل الأول، فالمقرر أن الاجازة قد تكون جزئية فقط، وصورة ذلك أن تلحق ارادة أحد الطرفين عدة عيوب، فيتنازل عن عيب منها دون بقية العيوب الأخرى، أى أن ارادة أحد طرفي عقد بيع مثلا قد يلحقهما غلط في جوهر الشيء، وفي نفس الوقت يكون ضحية اكراه، فاذا تنازل عن حق الابطال بالنسبة الى الغلط، فان هذا التنازل لا يعدم حقه في التمسك بالابطال بسبب الاكراه الذى تعرض له.(1)

.. / .. من قانون التوثيق المذكور بالمتن).

(1) الدكتور أنور سلطان / النظرية العامة للالتزام، ج 1، المرجع السابق، بند 236، ص 281.

و أما بالنسبة الى التساؤل الثاني ، فان الفقه لا يمانع في أن تكون الاجازة معلقة على شرط، وفي هذه الحالة يقرر أن الأثر التنازلي للاجازة لا يترتب الا بتحقق هذا الشرط.(1)

ثانيا : أثر الاجازة بالنسبة الى الغير :

ان المقرر في هذا الصدد هو أنه اذا كانت الاجازة تنتج آثارها فيما بين طرفي التصرف وتؤدي الى تثبيت دعائمه منذ لحظة اجرائه بحيث تزيل خطر الابطال الذي كان يهدده ، فتسقط بذلك حق من قرر الابطال لمصلحته في التمسك بهذا البطلان فيما بعده سواء عن طريق دعوى أصلية ، أو في صورة دفع في دعوى مرفوعة ضده ، فان هذا الأثر يبقى مرهونا طبقا لحكم المادة 100 مدني بضرورة عدم مساس الاجازة الحاصلة بمصالح الغير ، يستوى في ذلك أن يكون الغير قد تلقى الحق قبل صدور اجازة التصرف أو بعده.(2)

ولعل السبب الذي دعا الى وضع هذه القاعدة المتمثلة في عدم مساس الاجازة بحقوق الغير ، يمكن تفسيره بأمرين أولهما : أن الاجازة تعتبر من الناحية القانونية تنازلا فرديا عن دعوى البطلان ، أى تصرفا صادرا ممن شاب ارادته عيب من عيوب الارادة المقررة ، وليس من المعقول أن يكون من شأن هذا التصرف الفردى المساس بحقوق الغير الذين لم يلعبوا أى دور ايجابي فيها . وثانيهما : ان عدم السماح للاجازة بالمساس بحقوق الغير يعتبر دعامة من دعائم تحقيق المبدأ الذى يقضي بضرورة استقرار المعاملات وبمتطلبات حسن النية .

على أنه اذا كان المقرر هو ضرورة عدم مساس الاجازة بحق الغير ، فان الأمر يتطلب منا تحديد المراد بالغير الذين قصد المشرع حمايتهم من الأثر الرجعي للاجازة .

و اجراء هذا التحديد يتطلب منا القيام بتفرقة أولية بين من يعتبرون من قبل "الغير الحقيقيين" و "الغير" الذين قصدهم المشرع في المادة 100 مدني .

فالغير بمعناه الحقيقي هو في الأصل كل من ليس طرفا في العقد ، لأن العقد لا ينتج أثرا في مواجهته ، ومن ثم "فان الاجازة لا تلحق أى ضرر بمصالحه".(3)

---

(1) كوتيريه /رسالته ، المرجع السابق ، بند 55 ، ص 39 ، وهو نفس الاتجاه الذى يقرره الفقيه لوران في مطوله /مبادئ القانون المدني الفرنسي ، الجزء 18 ، بند 656 .

(2) بلانيول وريبير واسمان /المطول النظرى والعملي ، المرجع السابق ، ج 6 ، بند 309 ، ص 393 ، وكوتيريه/رسالته ، بند 100 ، ص 70 .

(3) ويستثنى من ذلك الغير الذى يستفيد من العقد دون أن يكون طرفا في ابرامه ، وتتمثل هذه الصورة في حالة الاشتراط لمصلحة الغير ، فالمنتفع يستفيد من العقد ويعتبر دائنا رغم كونه أجنبيا عن العقد ، الا أنه لا يمكن أن يكون مدينا رغما عنه . مازو / المرجع السابق ، بند 756 ، ص 740 .

وأما الغير الذى يستفاد من المادة 100 فله مدلول خاص، وقد ورد نص مماثل في التقنين المدني الفرنسي اذ جاء في المادة 1338/3 ... أن " الاجازة ... تؤدى الى التنازل عن الوسائل والدفوع التي كان من المكن الاعتراض بها على التصرف دون مساس بحقوق الغير ". وقد أورد الفقه الفرنسي تعريفات شتى بشأنها خاصة في تحديد "الغير"، فذهب فريق الى أن المراد بالغير هو "الخلف الخاص، لأن الاجازة قد تمس مصالحه، ومن ثم أخرج من نطاق الغير كلا من الخلف العام اذ أنه ملزم باحترام كافة تصرفات سلفه، والدائن العادى ما لم يثبت أن المدين قد قصد الاضرار بمصالحه من جراء التصرف الذى أبرمه ". (1)

في حين يذهب فريق آخر الى أن المقصود بالغير هو الشخص الذى يبرم عقدا مع شخص آخر على أن يكون هذا الأخير قد أجرى - فيما قبل - تصرفا قابلا للابطال، ولا زال حقه في طلب الابطال ثابتا له ان شاء استعمله وان شاء تنازل عنه صراحة أو ضمنا (2).

ويتضح مما سبق أن مفهوم "الغير" ينصرف الى الخلف الخاص، وتمشيا مع هذا الاتجاه، نرى مع الدكتور أنور سلطان أن الغير هو "كل من اكتسب حقا على العين موضوع العقد ". (3)

وقد ظهرت في الفقه أربع صور لحالة حماية مصالح الغير وفق نص المادة 100 مدني جزائرى.

<u>الصورة الأولى</u> : مضمونها أن قاصرا باع عقارا، ثم بعد بلوغه سن الرشد رتب حق رهن رسمي على نفس العقار، وعلى اثره أجاز عقد البيع الذى أبرمه حين كان قاصرا، فما مصير هذا الرهن ؟ وهل ينفذ في مواجهة المشترى أو لا ؟

يجيب الفقه على هذا التساؤل برأيين :

<u>الرأي الأول</u> : يذهب بعض الفقه الفرنسي في تحليله للفقرة الثالثة من المادة 1338 مدني فرنسي، الى أن الاجازة تنتج آثارها "دون مساس بحقوق الغير". وأن الغير - في هذه الحالة - هو من تصرف اليه القاصر بعقد رهن، وينتقل اليه - تبعا لذلك - الحق

(1) مازو / المرجع السابق، بند 314، ص 259 .
(2) كولان وكابيتان / المرجع السابق، بند 772، ص 435، وفي هذا المفهوم : مارتي ورينو / المرجع السابق، بند 203، ص 185.
(3) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق، بند 230، ص 274.

في التمسك ببطلان عقد البيع، لأن حق الدائن المرتهن أصبح مرتبطا به، وبذلك فان الدائن المرتهن قد انتقل اليه بمقتضى عقد الرهن حق طلب الابطال أو التنازل عنه بالاجازة أو السكوت ، فاذا ما صدرت الاجازة من البائع الأصلي فانها تكون - حينئذ - قد صدرت ممن لم يعد يملكها.(1) وترتيبا على ذلك ،فان الدائن المرتهن لا يضار بالاجازة وتنتقل العين الى المشترى مثقلة بحق الرهن المقرر ضمانا لحقه .

وأيد هذا الاتجاه الدكتور السنهوري وهو بصدد تحليله للمادة 193 (2) مدني مصري، التي تطابق المادة 1338 مدني فرنسي الآنفة الذكر، اذ قرر أن اجازة البيع من طرف القاصر بعد بلوغه سن الرشد في هذه الحالة "لا تضر الدائن المرتهن (اذ تنتقل العين الى المشترى مثقلة بحق الرهن ".(2)

الرأي الثاني : يذهب أنصاره الى عكس ما يقول به الرأى الأول ، اذ يقررون أن البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يتقرر ابطاله ، ولذلك فبتوافر شروط انتقال الملكية خاصة اذا توافر شرط التوثيق والشهر، فانها تنتقل الى المشترى، أما التصرف اللاحق المتمثل في الرهن الصادر من القاصر بعد بلوغه سن الرشد فيكون صادرا من غير مالك، ومن ثم فلا يسري في حق المالك الجديد (أى المشترى). ومفاد هذا الرأى أن اجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد للبيع لا تمس حقوق المشترى، ومن ثم تنتقل العين الى هذا الأخير نهائيا خالية من الرهن.(3) ذلك أن ... قيام البائع بعملية رهن العقار المبيع يعتبر تصرفا قانونيا يثبت للمشترى وليس للبائع، بل ان هذا العمل منه يعد اخلالا بالتزامه بالضمان يعطي المشترى الحق في الرجوع عليه بدعوى الضمان.(4)

---

(1) مارتي ورينو /المرجع السابق، بند 203 ، ص 185 .

(2) الدكتور السنهوري/الوسيط،ج 1،المرجع السابق،بند 318،ص 570 ،هامش رقم (5)، وفي هذا الاتجاه الدكتور أنور سلطان /المرجع السابق،بند 230، ص 274 .

(3) بلانيول وريبير/المطول الأولي في القانون المدني الفرنسي ،ج 2، باريس 1937 ، ص 489 ، هامش (1) .
PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges), traité élémentaire de droit civil français, tome II, Paris 1937.

ويراجع في هذا المعنى أيضا ،الدكتور سليمان مرقس/عقد البيع،المرجع السابق، ص 315، والدكتور عبد المنعم فرج الصده/محاضرات ألقاها بمعهد الدراسات العربية على طلبة الدراسات العليا ، طبعها المعهد تحت عنوان "نظرية العقد في قوانين الدول العربية " 1959 ، ج 2، ص 85.

(4) الدكتور علي علي سليمان/الحقوق العينية الأصلية والتبعية، المرجع السابق،ص407 .

وأمــــام هـــــذين الاتجـــاهين الفقهيين المختلفين فانني أحبذ أن يفسر القضاء الجزائرى عبارة "الغير" الواردة في المادة 100 مدني جزائرى على ضوء الرأى الأخير،لأن الأصل في العقد القابــل للابطال أنه عقد صحيح منتج لكل آثاره القانونية منذ ابرامه طالما أنه لم يتقرر ابطاله، ومن ثم،فان أى تصرف لاحق يصدر من القاصر -في هذه الحالة- يعتبر تصرفا في ملك الغير، ذلك لأن الاجازة لا تضيف شيئا جديدا الى العقد، وكل ما تفيده، هو أن من له حق الابطال قد تنازل عنه. وترتيبا على ذلك ،فانه لا يجوز تفسير هذا الرهن على أنه قرينة على عدم اجازة البيــع أو ابطال له كما يرى ذلك بعض الفقه (1) لأن "الابطال لا يتقرر الا بالاتفاق أو بحكم القضاء (2) وأنه قبل تقريره يبقى العقد صحيحا ومنتجا لآثاره، شأنه في ذلك شأن العقد الصحيح.

ولكن اذا كان اعتماد هذا الرأى من شأنه أن يؤدى الى انتقال العين الى المشترى خاليـــة من الرهن ، فما هو الحكم بالنسبة الى الدائن المرتهن ؟

اننا نرى في مثل هذه الحالة ضرورة تخويل الدائن المرتهن حق الرجوع على القاصر الذى قام باجازة البيع، لأن صدور الاجازة عنه ينطوى مما لا شك فيه على اضرار بحقوق هذا الدائن المرتهن خاصة اذا كان هذا الأخير حسن النية. كما أنه بالنسبة الى المشترى يعتبر اخلالا بالتزامه القائم على أساس ضمان تعرضه الشخصي ". (3)

الصورة الثانيــة : ومضمونها أن يعقد قاصر رهنا رسميا بصفته مدينا مخالفا بذلـــك ما تقضي به القواعد العامة من أنه لا يجوز للقاصر أن يقوم بتصرف ضار به ضررا محضـــا ، وبعد بلوغه سن الرشد يبيع العقار المرهون بيعا صحيحا ، ثم يجيز الرهن بعد ذلـــك، فمـــا حكم هذه الاجازة؟ وهل تنفــذ في مواجهة المشترى؟

يرى بعض الفقه أن هذه الاجازة بما أنها تمس حق المشترى المتصرف اليه بالبيــــع فانها لا تسرى في مواجهته لأن الملكيــة تكون قد انتقلت اليه بالبيع، ويكون المتصرف بذلك البيع قد تنازل عن حقه في الاجازة (أو عن طلب الابطال) وأصبحت ـــــن حـــق المشترى،فاذا ما صدرت الاجازة من المدين الراهن فتكون -حينئذ- صادرة من غير مالك. (4)

(1) الدكتور حشمت أبو ستيت/ نظرية الالتزام، الكتاب الأول، الطبعة الثانية 1954 ، ص 254.

(2) الدكتور فرج الصدة/ نظرية العقد في قوانين الدول العربية، المرجع السابق، ص85.

(3) الدكتور سليمان مرقس/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 316.

(4) الدكتور السنهورى / الوسيط، ج 10، التأمينات الشخصية والعينية، طبع القاهرة 1970، بند 150، ص ص 337- 339، ومازو / المرجع السابق، بند 314، ص 259، وكولان وكابيتان / المرجع السابق ، بند 772، ص 435 .

ونحن نرى أن هذا الرأى لا يتماشى مع منطق الاجازة، لأن عقد الرهن المبرم من طرف القاصر هو عقد صحيح منتج لآثاره القانونية طالما أنه لم يصدر حكم ببطلانه، وأن الاجازة لا تزيد عن كونها عملية تثبيت للعقد المبرم بصفة نهائية، أي جعله بمنأى عن أي خطر كان يهدده. وترتيبا على ذلك، فان عقد الرهن المبرم من طرف القاصر - في هذه الصورة - هو عقد صحيح منتج لآثاره القانونية فاذا لم يصدر حكم ببطلانه وقام القاصر بعد بلوغه سن الرشد ببيع العقار موضوع الرهن فان البيع يكون صحيحا وينتقل العقار الى المشترى مثقلا بهذا الرهن، وهذا الرأى يجد مستنده عند أستاذنا الدكتور علي علي سليمان اذ أورد في محاضرته أنه "اذا بيع العقار المرهون انتقل الدين المضمون بالرهن الى المشترى (الحائز) ويكون للمرتهن حق تتبع العقار بين يدى الحائز". (1)

وبناء على ذلك، فان عقد الرهن ما دام قائما منتجا لآثاره فيترتب عليه انتقال العين الى المشترى مثقلة بحق الرهن.

الصورة الثالثة: اذا رتب القاصر رهنا على عقاره، وقبل اجازته وبعد بلوغه سن الرشد رتب رهنا ثانيا على نفس العقار ثم أجاز الرهن الأول، فما مصير حق الدائن المرتهن الثاني؟ هل ينفذ الرهن الأول المجاز في مواجهته، أو تكون له الأولوية في استيفاء دينه؟

لقد سبق أن أثيرت هذه المسألة في فرنسا بصدد تفسير المادة 1338 مدني فرنسي، كما أثيرت في الفقه المصري وهو بصدد تحليله للمادة 139/2 مدني مصري، وقد ورد نص مماثل لهما في القانون المدني الجزائري في المادة 100/2 وتفرق الفقه بشأن تفسير هذه النصوص المتماثلة الى فريقين:

فأما الفريق الأول: ويضم غالبية الفقهاء، فيرى أنصاره (2) - طبقا للحكم المشترك الوارد بالمواد المذكورة أعلاه - أنه يكون للاجازة أثر رجعي يرتد الى يوم اجراء الرهن الأول، ويعتبر هذا الرهن بذلك سابقا على الرهن الثاني، ومن ثم تكون له المرتبة الأولى، أما الدائن المرتهن الثاني فانه اذا ابتغى حماية حقوقه، فلا يكون له من سبيل

---

(1) الدكتور علي علي سليمان / المحاضرة المشار اليها، بند 29، ص 34، ومؤلفه نفسي الحقوق العينية الأصلية والتبعية، المرجع السابق، ص 407.

(2) من أنصار هذا الرأى، الدكتور سليمان مرقس / التأمينات العينية، طبع 1959، بند 19، ص 26، والدكتور أحمد سلامة / التأمينات المدنية، ص 84 وما بعدها.

سوى الطعن في الاجازة الصادرة عن مدينه لصالح الدائن المرتهن الأول عن طريق استعماله للدعوى البولصية وتمسكه بسقوط الأجل اعمالا للمبدأ العام الذى يقضي بسقوط الأجل اذا "أنقص (المدين) بفعله الى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق، أو بمقتضى القانون. هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين" (المادة 1188 مدني فرنسي، والمادة 273/2 مدني مصرى، والمادة 211/2 مدني جزائرى).

على أن هذا التحليل قد انتقد من طرف بعض الفقه الذى يرى ضرورة استبعاده، فهو يرى أنه لا يقصد بضرورة عدم الاضرار الاجازة بحقوق الغير ان يكون للدائن المرتهن الثاني الحق في الطعن بالدعوى البولصية أو التمسك بسقوط الأجل لأن الدائن المرتهن الثاني حين تعاقد مع المدين كان على علم بوجود الرهن الأول، وأن هذا الرهن صحيح ولم يتقرر ابطاله. كما أن اجازة المدين للرهن الأول لا تضر بالدائن المرتهن الثاني، لأنها لا تتضمن الزيادة في مقدار الرهن الأول، بل تعمل على تثبيت دعائمه وجعله بمنأى عن الابطال الذى كان يتهدده فقط. (1)

وانطلاقا من هذا التحليل، فان هذا الفريق من الفقه يرى أن الدائن المرتهن الثاني يكون له قبل صدور الاجازة من المدين الراهن الحق في رفع الدعوى غير المباشرة يطالب بها بابطال الرهن الأول نيابة عن المدين الراهن فقط، أما اذا حصلت الاجازة فانه لن يكون من حقه رفع الدعوى البولصية، اذ أنه ما دام لم يطعن في الرهن الأول عن طريق الدعوى غير المباشرة يكون قد أنبأ عن أن الرهن الأول لا يضر بمصالحه، وفضلا عن ذلك، فان الدعوى البولصية تفترض اعسار المدين أو قيامه بتصرف من شأنه أن يزيد في اعساره، في حين أن اجازة الرهن الأول لا تتضمن شيئا من ذلك، لأن الرهن الأول كان يفترض فيه أنه صحيح ومنتج لآثاره طالما أنه لم يقض ببطلانه، وباجازة المدين الراهن لهذا الرهن فانه لا يضيف اليه عنصرا جديدا. كما أنه لا يكون من حقه التمسك بسقوط الأجل، ذلك لأن المدين الراهن باجازته الرهن الأول لم يضعف الرهن الثاني لأن هذا الرهن الأخير قد عقد بعد وقت لاحق لانعقاد الرهن الأول.

وترتيبا على ذلك، فان هذا الفريق من الفقه يرى انه طالما أن الدائن المرتهن الثاني لم يقم بطلب ابطال الرهن الأول عن طريق الدعوى غير المباشرة قبل اجازة المدين الراهن

(1) ومن هؤلاء الدكتور علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، المرجع السابق، ص ص 405-406.

لهذا الرهن فانه يتعين تفضيل الدائن المرتهن الأول على الدائن المرتهن الثاني.(1)

وأما الفريق الثاني: فيذهب - على خلاف الرأي الأول - الى تفضيل الدائن المرتهن الثاني، وسنده في ذلك أن قيام المدين الراهن بعقد رهن ثان دليل ضمني على عدم اجازة المدين للرهن الأول، فان أراد الدائن المرتهن الأول حماية حقوقه فيكون من حقه الطعن في تصرف مدينه بالرهن الثاني بطريق الدعوى البولصية وان يتمسك بمبدأ سقوط الأجل.(2)

على أن هذا الرأي قد انتقد بشدة، وبحق، ذلك أن التمسك بابطال العقد كمبدأ عام لا يتم الا قضاء أو باتفاق الطرفين، ولا يمكن أن يكون ضمنيا كما هي الحال بالنسبة الى الاجازة التي يمكن أن تكون صريحة أو ضمنية، وفضلا عن ذلك فان المقرر هو أن نفس العين قد تكون محلا لعدة رهون، وان كانت هذه الرهون تتفاوت من حيث المرتبة، ومن ثم فلا يمكن القول: ان اجراء رهن ثان على نفس العين يعتبر ابطالا للرهن الأول السابق على هذه العين.(3)

ونحن من جانبنا نؤيد الرأي الأول، ذلك لأن الأصل - كما رأينا أن العقد القابل للابطال هو عقد صحيح منتج لآثاره القانونية ويبقى كذلك طالما أنه لم يقض بابطاله، فان أجيز، فان الاجازة ما هي الا وسيلة لتحصين هذا العقد من خطر البطلان بحيث تثبت دعائمه فحسب، كما أن المقرر هو أن نفس العين قد تكون محلا لعدة رهون. نعم، قد لا يتمكن أحد الدائنين المرتهنين من الحصول على حقه كاملا أو من الحصول عليه كلية، ولكن تلك مسألة أخرى متعلقة بترتيب الدائنين ولا علاقة لها بصحة الرهون.

وبصدد الموازنة بين اعطاء الدائن المرتهن الثاني حق رفع دعوى بولصية أو دعوى غير مباشرة، فاننا نؤيد الاتجاه الثاني، ذلك أن الدعوي البولصية تفترض أن التصرف ضار بالدائن، ومن شأنه أن يزيد في عناصر ذمته المالية من الناحية السلبية، وهو تصور لا يمكن اعتماده بصدد القضية التي نتناولها، لأن المفروض - كما أسلفنا - أن الرهن الأول

---

(1) الدكتور علي علي سليمان/ المرجع السابق، ص 406.

(2) ومن هؤلاء: الأستاذان بلانيول وريبير/ المطول النظري والعملي في القانون المدني، ج 12، بند 405، ص 440.

(3) في هذا النقد، الدكتور علي علي سليمان/ الحقوق العينية الأصلية والتبعية، المرجع السابق، ص 406.

صحيح طالما أنه لم يقرر بطلانه ، وان الدائن المرتهن الثاني يكون رهنه لاحقا للرهن الأول ،فكيف يمكنه ان يتمسك بالدعوى البولصية؟ ولذلك فان الدعوى الوحيدة التي يمكن اعتمادها هي الدعوى غير المباشرة وليس ذلك منا الا تأكيدا لما سبق ان أوضحناه من ان حق الابطال لا يقتصر على الشخص الذى ابتغى المشرع حمايته، بل ينصرف ليشمل طائفة أخرى من الأشخاص يدخل من بينهم الدائن الذى يستخدم الدعوى غير المباشرة (1) مع ملاحظة ان حق استعمال هذه الدعوى يتعين ان يمارس قبل صدور الاجازة ،لأنه بصدورها يكون التصرف قد تحصن أو يكون عيب الابطال قد اختفى .

الصورة الرابعة: تقوم على أساس الافتراض التالي : لو أن قاصرا اشترى عقارا، وفي تاريخ لاحق لابرام عقد البيع ،قام البائع بترتيب حق رهن رسمي على هذا العقار بدون مراعاة للعقد القابل للابطال الذى أبرمه مع القاصر ،فاذا قام القاصر(المشترى) عند بلوغه سن الرشد باجازة عقد البيع الذى كان قد أجراه ،فان هذه الاجازة تهدر حق الدائن المرتهن . ويبرر بعض الفقه ذلك بقوله: ان الدائن المرتهن حينما أبرم عقدا مع طرف غير مالك وليس من حقه التمسك بدعوى الابطال ،فانه لم يكتسب أى حق يمكن بمقتضاه أن يدفع التمسك بطلب الابطال.(2)

المبحث الثاني

الاجازة في الفقه الاسلامي

نتناول تحليل هذا المبحث في مطلبين : أولهما نعقده، لتعريف الاجازة وبيان شروط اعمالها ، وثانيهما نخصصه لوسيلة التعبير عنها وبيان حكمها .

المطلب الأول

تعريف الاجازة وشروط صحتها

الفرع الأول

تعريف الاجازة،وتحديد مجالها

تعرف الاجازة من طرف فقهاء الشريعة الاسلامية بانها تصرف انفرادى يصدر عن

---

(1) يراجع ما سبق ص 421 من هذه الرسالة ،الفقرة المتعلقة ببيان الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان النسبي .

(2) كولان وكابيتان/ المرجع السابق ،بند 772 ، ص 435 .

صاحب الحق فيه ،بمقتضاه يقرر هذا الأخير الابقاء على التصرف القانوني أو المادى الذى كان موقوف النفاذ في جانبه ،أى أن هذا التصرف باجازته يصبح مستقرا بأثر رجعي أى الى لحظة انشائه .[1]

و اذن ،فالاجازة في الفقه الاسلامي تعتبر تصرفا انفراديا و ليست تصرفا تبادليا أو من الجانبين ،اذ يكفي ان تصدر ممن منحه الشارع هذا الحق لترتب آثارها المقصودة منها ، و من هنا يتعين تأييد ما استقر عليه الفقه من ان الاجازة تعتبر في حقيقتها تنازلا عن الحق في طلب الابطال من طرف من منحه الشارع هذا الحق .

أما مجال اعمالها فيتحدد بالتصرفات الموقوفة ، و التصرفات اللازمة التي اقترنت بأحد الخيارات فصارت بها غير لازمة . أما التصرفات المفسوخة [2] و الباطلة فلا يمكن أن تكون محلا للاجازة لانها في مرتبة العدم ،ولا يمكن للاجازة ان تخلق من العدم وجودا .

الفرع الثاني

شروط صحة الاجازة

يشترط جمهور الفقهاء [3] لصحة الاجازة ان تتوافر فيها الشروط التالية :

<u>الشرط الأول</u>: وجود طرفي التصرف وقت انشائه ووقت اجازته :

لكي ترتب الاجازة آثارها الشرعية ، يجب أن يتواجد طرفا التصرف الذى يكون محلا للاجازة وقت انشائه ووقت اجازته . ويترتب على هذا الشرط ان المجيز يجب ان يكون موجودا وقت ابرام التصرف الأصلي لأن وجوده وقت ابرامه يسمح له باجازته في الحال أو بعد ذلك ،فان انعدم المجيز لحظة ابرام التصرف فلا مجال للحديث عن الاجازة ،

---

(1) الكاساني / بدائع الصنائع ،ج 5 ،ص 151 ،أشار اليه الدكتور عبد الرازق حسن فرج في رسالته " نظرية العقد الموقوف" ،المرجع السابق ،ص 202 ، المتن ، و الهامش رقم (1) .

(2) وان كان بعض الامامية قد قالوا بجواز ورود الاجازة على التصرفات التي تم ردها ،أورده الدكتور عبد الهادى الحكيم /عقد الفضولي ،ص ص 120 ـ 121 ،مشار اليه في مؤلف الدكتور محمد الألفي / الفضالة ، الجزائر، 1981 ، ص 122 المتن والهامش 15 .

(3) و من هؤلاء الأستاذ : علي الخفيف/ مختصر أحكام المعاملات ، القاهرة 1949 ، ص 125 ،والدكتور محمد الألفي /الفضالة ، المرجع السابق ص 121 و ما بعدها ،و الدكتور عبد الرازق حسن فرج /المرجع السابق ، ص 202 و مابعدها ، وص 223 و ما بعدها .

وتطبيقا لذلك فاذا باع فضولي مال شخص بالغ بدون علمه ، فان هذا التصرف ينشأ متوقفا على اجازة المالك الحقيقي ، لأن المالك كان يملك حق اجراء هذا التصرف بنفسه وقت الانشاء ، أما اذا كان المالك للمال المبيع قاصرا فان البيع لا ينعقد أصلا لأن الصبي لم يكن بامكانه اجراء هذا البيع بنفسه لحظة أجرائه ، ومن ثم لا يمكن أن يكون هذا البيع محلا للاجازة ، لانعدام المجيز له حين ابرامه (1).

والمقرر في هذا الصدد لدى فقهاء الاحناف هو أنه لا يكفي ان يكون المجيز موجودا وقت اجراء التصرف بل يشترط أيضا ان يكون المجيز موجودا وقت اجراء الاجازة ، فلو حدث ان مات المجيز قبل صدور الاجازة عنه فان حق الاجازة لا ينتقل الى ورثته .

على ان فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة لا يقولون بهذا الشرط ، اذ يكفي عندهم في اطار الحقوق المتعلقة بالمال اجازة الورثة لأن مثل هذه الحقوق يمكن ان تنتقل الى هؤلاء ، ولذلك فانهم يعطون للوارث الحق في أن يحل محل المورث في اجازة التصرف بالنسبة الى المال الذى انتقل اليه والذى كان حق الاجازة مقررا بصدده لمورثه (2).

على انه اذا تعلق الأمر بعقد زواج ، فانه يشترط قيام الزوجين فقط حين صدور الاجازة لأنهما الوحيدان اللذان تشملهما أحكام الزواج ، أما الفضولي الذى تولى ابرام عقد الزواج باسم أحد الزوجين فلا ضرر من فقده وقت صدور الاجازة لأن عقد الزواج لا يرتب في ذمته أي التزام (3).

<u>الشرط الثاني : صدور الاجازة ممن له ولاية انشاء التصرف:</u>

ومفاد هذا الشرط ان الاجازة اذا صدرت ممن لا يملكها شرعا فانها لا تنتج آثارها الشرعية ، وصورة ذلك ان يتصرف فضولي في مال صبي يكون قد عين له وصي ، ففي مثل هذا الفرض ، اذا أجاز القاضي هذا التصرف فانه لا تكون لاجازته أية قيمة شرعية ، أما اذا أجيز من طرف الوصي فان التصرف الذى أجراه الفضولي يصير نافذا ويرتب كل آثاره الشرعية لان الاجازة تكون قد صدرت - حينئذ - ممن له ولاية انشائها .

(1) يراجع في تفاصيل هذا الموضوع مؤلف الأستاذ : عبد الهادى الحكيم /عقد الفضولي ، (طبع بغداد 1969 على الآلة الكاتبة ، ص144) ، مشار اليه في رسالة الدكتور محمد الالفي/ المرجع السابق ، ص 121- ... ، في المتن ، والهامشين رقم : 6 و7 ، ص122 ، وان كان أكثر الأمامية وبعض فقهاء الحنابلة لا يتطلبون مثل هذا الشرط ، اذ ذهبوا الى عدم اشتراط صدور الاجازة ممن يملكها حين اجراء التصرف ، وبناء على ذلك ، فقد قرروا أنه اذا باع الفضولي مال الصغير ، وبلغ الصبي ثم أجاز هذا البيع فان عقد البيع يصح .

(2) الدكتور محمد الالفي /الفضالة ، المرجع السابق ، ص 122 .

(3) الدكتور عبد الرازق حسن فرج /المرجع السابق ، ص 217 .

الشرط الثالث : قيام التصرف موضوع الاجازة وقت صدورها :

ولكي ترتب الاجازة آثارها الشرعية فانه يشترط في محلها أن يكون موجودا وقت صدورها والا بطل التصرف ،ذلك ان الاجازة كما يقرر جمهور الفقهاء تورث "حكم الانشاء ، وبها تترتب الأحكام ،فلا بد من وجود محل يظهر فيه الحكم ".(1)

وترتيبا على ذلك ففي اطار عقد بيع ملك الغير مثلا ، يشترط لصحة الاجازة أن يكون المبيع موجودا حين صدورها فان هلك المبيع قبل صدورها فلا تصح ،ومن ثم لا يصح البيع.(2) وهو نفس الحكم الذى أقرته مجلة الأحكام العدلية في المادة 378 اذ نصت على أنه " ... يشترط لصحة الاجازة أن يكون كل من البائع والمشترى ، والمجيز والمبيع قائما ، فاذا كان أحد المذكورين هالكا ، فلا تصح الاجازة ".

المطلب الثاني

التعبير عن الاجازة وحكمها

الفرع الأول

وسيلة التعبير عن الاجازة في الفقه الاسلامي

لقد سبق القول بأن الاجازة تصرف انفرادى ، ومن ثم يمكن التعبير عنها بكل الوسائل المحددة للتعبير عن الارادة كاللفظ ، والكتابة ،والاشارة المفهمة،والفعل، والسكوت ، ونتناولها بشيء من البيان فيمايلي :

1) اللفظ: هو أهم وسيلة للتعبير عن الارادة ، ويمكن ان يكون باللفظ الصريح كقول من يتمتع بحق الاجازة " أجزت البيع" أو " قبلته" أو " رضيت به" كما أنه قد يكون ضمنيا كقيام المالك الحقيقي بطلب أو بتسلم الثمن من الفضولي أو من المشترى ،

هذا ، وتجدر الاشارة الى أنه اذا كان التعبير عن الاجازة غير صريح وكان يحتمل عدة معان فان تفسير هذا التعبير وتحديد ما اذا كان يتضمن الاجازة أو يستبعدها يبقى خاضعا لتقدير القاضي الذى يسترشد في تحديده للمعنى المقصود بالأعراف المحلية والظروف الخاصة بكل قضية. (3)

(1) وان كان الاحناف لا يؤيدون جمهور الفقهاء في ذلك . يراجع ما سيأتي ص 458 من هذه الرسالة.
(2) الدكتور السنهوري/ مصادر الحق ،ج 4 ، المرجع السابق ، ص 192 .
(3) الدكتور محمد الألفي / الفضالة ،المرجع السابق ، ص 128 .

2) الكتـابة : الكتابة كوسيلة للتعبير يقسمها الفقهاء المسلمون الى ثـلاثـة انواع :

النوع الأول تكون الكتابة فيه غير مستبينة وهي التي لم يبق لها أي أثر مادي بعد الانتهاء منها كمن يكتب في الهواء ،فمما لا شك فيه أن هذه الكتابة لا يمكن قراءتها من طرف عامة الناس ولا يمكن فهم المراد منها، ومن ثم فان هذا النوع من الكتـابة كوسيلة للتعبير بها عن الارادة لا وزن له في الفقه الاسلامي لان المقرر في هذا الصدد هو" ان ما لا يستبين به الحروف لا يسمى كتابة ،فكان ملحقا بالعدم ".(1)

النوع الثاني من الـكتابة كوسيلة للتعبير عن الارادة قد تكون مستبينة وهـي الكتابة التي يبقى لها أثر بعد الانتهاء منها ويمكن قراءتها. والمقرر في هذا الصدد أن هذا النوع من الكتابة لا يمكن اعتباره اداة للتعاقد فيما بين الحاضرين خاصة فـي عقد الزواج لأن اعتمادها قد يراد به التعبير عن الارادة كما قد يقصد به تجويـد الخط وتحسينه فقط، في حين أن أهم عنصر في هذا العقد هو النية(2) أما في غير عقد الزواج فان المالكية والحنابلة لا يرون مانعا من اتخاذها وسيلة للتعاقد بـين الحاضرين دون قيد أو شرط ، في حين يعتبرها الأحناف والشافعية من قبيـل الوسيلة الاحتياطية فقط ،أي لا تقوم مقام اللفظ الا اذا حال عارض دون هذا الأخير.(3) أما اذا تمت الـكتابة المستبينة فيما بين غائبين فان أغلب الفقهاء يعتبرونها أداة كافية للتعاقد ،على عكس أقلية من الفقهاء التي تعارض قيام العقد أو اجازته بها.(4)

النوع الثالث تكون فيه الكـتابة مرسومة ،أي تتخذ شكل رسالة ومثالها أن يرسل المالك الحقيقي الى المشترى من الفضولي رسالة يخبره بواسطتها أنه اجاز البيع الذي اجراه الفضولي لصالحــه.(5)

3) الاشارة : وبصدد ما اذا كان بامكان المجيز التعبير عن الاجازة بالاشارة فقط، فان المقرر لدى الفقهاء المسلمين هو ان اشارة الاخرس تعتبر وسيلة أصلية للتعبير عـن

---

(1) الدكتور وحيد الدين سوار/ التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ،طبع ديوان المطبوعات الجامعية بالجزائر 1979، ص ص 204 - 206 .

(2) الدكتور وحيد الدين سوار / المرجع السابق ، ص 207.

(3) في تفاصيل ذلك ، وبيان للمراجع رسالة الدكتور محمد الألفي / المرجع السابق ، ص 130 .

(4) ومن قبيل الحجج التي يقدمها الفريق المعارض في اطار عقد البيع مثلا لمنع هذا النوع من الكتابة انه بامكان كل من البائع والمشترى الغائبين أن يوكلا من يحل محلهما بالقول. يراجع الدكتور محمد الألفي /المرجع السابق ،ص 131 المتن ،والهامش رقم : 48.

(5) الدكتور محمد وحيد الدين سوار/التعبير عن الارادة ،المرجع السابق ،ص 207.

ارادته . على ان الشخص اذا كان غير أخرس فان الفقهاء قد اختلفوا بصدد ما اذا كان يتمين الاعتداد باشارته أو لا .(1)

فالمالكية و الحنابلة لا يفرقون بين اللفظ و الاشارة و يرون أن كل لفظ أو اشارة متى فهم منهما الايجاب والقبول يلزمان ،لكن الاحناف لا يقبلون من غير الأخرس كقاعدة عامة أن يعبر بغير اللفظ ،لأن الاشارة — في نظرهم — ليست بكلام ،ومن ثم فانها لا تحل محل اللفظ ،ويؤيدهم في هذا الاتجاه الشافعية اذ أنهم لا يعتدون بالاشارة الصادرة عمن كان قادرا على النطق ،لأن الاشارة — في نظرهم — لا تفيد اليقين الذى يفيده التعبير اللفظي .

4) الفعل : و اذا كان التعبير عن الاجازة قد يتم بالقول فانه قد يحصل بالفعل الدال عليها أيضا ،سواء كان هذا الفعل صريحا أو ضمنيا .

و المقرر لدى المالكية و الحنابلة و أكثر الأحناف و بعض الشافعية هو الاعتراف بأثر الاجازة التي تتم بالفعل ،لأن القصد من الاجازة هو اظهار الرضا ،و ليس هناك ما يمنع من التعبير عن هذا الرضا بالفعل .(2)

5) السكوت : اذا كان الأصل المقرر في الشريعة الاسلامية هو انه " لا ينسب لساكت قول " ، فان المصلحة قد اقتضت أحيانا الخروج عن هذا المبدأ العام ،طبقا للقاعدة المستثناة " السكوت في معرض الحاجة بيان " .

و اذا كان هذا هو حكم السكوت في اطار انشاء التصرف فان هذا الحكم يسري في اطار الاجازة أيضا (3) اذ المقرر هو انه اذا كان السكوت الملابس لا يقطع باتجاه ارادة الساكت الى اجازة التصرف الصادر باسمه ،فان الفقهاء المسلمين أوردوا على ذلك قيدا ،ومن قبيل ذلك ما يقرره الفقه الحنفي من وجوب اعتبار سكوت المالك في بيع الفضولي اجازة في بعض الحالات اما بناء على العرف ، و اما منعا لوقوع الضرر،و ذلك كأن تدفع امرأة لابنتها حين تجهيزها أشياء من امتعة الأب دون أن

---

(1) في تحليل آراء فقهاء المذاهب الأربعة ، وبيان المراجع المعتمدة ،يراجع الدكتور محمد الألفي / المرجع السابق ،ص 129.

(2) لمزيد من الاطلاع على موقف المذاهب الأربعة ،يراجع الدكتور محمد الألفي /المرجع السابق ،ص 131 المتن و الهوامش من ص 50 الى ص 53.

(3) الدكتور عبد الرازق حسن فرج /المرجع السابق ،ص ص 208 — 211 ،و الدكتور محمد الألفي / المرجع السابق ، ص ص 132 — 134 ،و المراجع المذكورة في هذين المرجعين .

يحرك ساكنا ،فان هذا السكوت منه يمنعه من التمسك بحق الاسترداد ، وكما لو باع فضولي سلعة لآخر وقبض المشترى البضاعة بحضور صاحب السلعة ،فان سكوت هذا الأخير يعتبر رضا منه بالبيع الحاصل ،لأننا لو اعتبرنا سكوت المالك رفضا فسوف يلحق ضررا بالمتصرف اليه .

كما أن المقرر في اطار الفقه المالكي أنه اذا كان المالك حاضرا وقت ابرام العقد ولم يبد أي اعتراض فان سكوته يعتبر اجازة منه لهذا العقد، فان كان غير حاضر أعطى مدة سنة من تاريخ علمه بالبيع الحاصل ،فان لم يبد ارادته خلالها عد ذلك بمثابة قبول منه لهذا البيع .

أما المشهور لدى الحنابلة ، والمقرر لدى الشافعية فهو أن سكوت المالك الحاضر لا يمكن اعتباره اجازة منه ،لان هذا السكوت لا يعتبر دلالة قاطعة على رضاه.

وباستقراء الآراء الفقهية يخلص لنا أن الأصل في الفقه الاسلامي هو ان السكوت ليس دليلا على الاجازة ،لأن المبدأ العام " لا ينسب لساكت قول " يبقى قائما ،غير أن السكوت قد يقترن بملابسات تقوم دليلا على الرضا كما اذا كانت هناك قرينة أو ظروف صاحبت التصرف، يمكن منها استخلاص موافقة من أعطاه الشارع حق اجازة التصرف أو عدم اجازته ،وقد تبنى المشرع العراقي هذا الحكم فنص في المادة 81 من القانون المدني على انه "لا ينسب لساكت قول ،ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ".

الفـــرع الثانـــــي

حكم الاجازة فـــي الفقه الاســلامـي

يقرر الفقهاء المسلمون أن " الاجازة في الانتهاء هي بمثابة الأذن في الابتداء " ،وان " الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة " ،وهو نفس المعنى الذى أكدته المادة 396 من مرشد الجيران اذ نصت على أنه " اذا أجاز المالك بيع الفضولي الذى تصرف في ماله بغير اذنه اجازة معتبرة بالقول أو بالفعل تعتبر اجازته توكيلا له عنه في البيع ... "

ويترتب على تطبيق هذه القاعدة في اطار التصرفات الموقوفة أن هذه التصرفات متى تمت اجازتها من صاحب الشأن تعتبر كأنها صدرت حين أجريت باسمه وتأخذ حكم التصرفات النافذة (1)

---

(1) موسوعة جمال عبد الناصر/ الجزء الثاني ، ص 333.

وهذا يؤدي بنا الى القول مع جمهور الفقهاء بأن الاجازة تلعب دورا انشائيـــا على عكس فقهاء المذهب الحنفي الذين يميزون بين دورين للاجازة ،فهي في نظرهم تلعب أحيانا دورا كاشفا اي تجعل التصرف مستندا الى لحظة انشائه و احيانا تلعب دور الانشاء اي يقتصر اثرها على وقت صدورها .

فاما التصرفات التي ترتب آثارها وقت صدور الاجازة فتتمثل فيمايلي :

1) ليس للمتصرف اليه بعقد موقوف أن يتصرف فيه قبل صدور الاجازة ممن قررت له شرعا . وترتيبا على ذلك ،فاذا تصرف فضولي في مال شخص بالغ لشخص آخر ،فـــان المتصرف اليه لا يحق له أن يجرى أى تصرف على هذا المال طالما أن اجازة البيـــع الأول لم تصدر من طرف المالك الحقيقي له.(1)

ويفسر الفقه هذه القاعدة بانه اذا أجاز المالك الحقيقي للمال تصرف الفضولي الموقوف كانت اجازته ابطالا وردا لتصرف المشترى من الفضولي ... استنادا الى القاعدة انه " اذا طرأ ملك بات على ملك موقوف أبطله ... " (2)

2) اذا باع الفضولي شيئا مملوكا لغيره ، وأراد أن يطلب الشفعة في الشيء الذى باعــه ،فان هذا الطلب في رأى محمد (صاحب أبي حنيفة) يجب ان يتـــم وقت صدور الاجازة عن المالك الحقيقي.(3)

---

(1) الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ،ص 231.

(2) ونشير الى ان مؤدى قاعدة " طروء الملك البات على الملك الموقوف" ان الفضولي اذا صار مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه فان بيعه يبطل ،وله بعد ان يصبح مالكاً ان ينقل ملكية الشيء المبيع الى المتصـــرف اليه منه بعقد جديد وليس بمقتضـــى اجازة العقد الأول . نعم ،ان هذا البيع يكون جائزا اذا تقدم سبب الملـــك للمبيع على البيع . تراجع رسالة الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق،ص 189.

ونلاحظ ان هذا الحكم يخالف ما جاءت به التشريعات الحديثة من ان بائع ملـــك غيره اذا أصبح مالكا للمبيع فان بيعه يصبح نافذا بصفة نهائية ولا يلحقه البطلان.

(3) وان كان ابو حنيفة يرى أن هذا الطلب يجب ان يتقدم به صاحبه وقت ابرام العقد . وهو ما أوضحه صاحب فتاوى قاضي خان ،ج 2 ،ص 185 التي جاء بها " فـــي بيع الفضولي يطلب الشفعة وقت الاجازة عند محمد ،وهو المذهب ، وعند ابـــي حنيفة يكون الطلب وقت العقد ... " مشار اليه في مؤلف الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ، ص 232 الهامش (1) .

3) في مجال الزواج الموقوف ، المعتمد هو أن الدخول بالزوجة قبل الاجازة لا يعتبر سببا موجبا للعدة ، كما أنه هذا الزواج لا يحل المرأة لزوجها الذى أبانها قبله بينونة كبرى ولو أجيز هذا الزواج فيما بعد .

4) طلاق الفضولي لا ينتج أثره الا من يوم اجازته ، ومن ثم فان هـــذا الطلاق لا يرتب أثره قبل حصول الاجازة ممن يملكها ، وهذا الحكم يختلف عن بيـــع الفضولي الذى يرتب آثاره من وقت ابرام العقد فيثبت الملك للمشترى بأثر رجعي .

وأما الدور الكاشف للاجازة فيتحدد بالحالات الآتيـة :

1) في حالة بيع الفضولي اجازة المالك للبيع الصادر من الفضولي تجعل البيـــع مرتبا لآثاره من وقت انشاء العقد تطبيقا للمبدأ المقرر لدى الفقهاء المسلمين من أن " الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة " . ويترتب على هذا الحكم انه اذا هلك الثمن في يـد الفضولي قبل اجازة البيع ، ثم تمت اجازة البيع ، فان الفضولي لا يضمن الثمن طالمـــا ان ضياعه قد حصل بدون تعدٍ أو تفريط منه لأنه يكون في حكم الوكيل ، والوكيـــل لا يسأل عن الامانة المودعة لديه طالما أن ضياعها لم يثبت أنه راجع الى اعتداء أو تفريط منه .

2) في الزواج الموقوف على اذن الزوجة ، فاذا علمت به ولم تجزه ، وسكتت حتى ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت ابرام العقد ثم أجازته ، فان نسب مولودهما يثبت من تاريخ ابرام العقد ، أى بأثر رجعي ، وهذه القاعدة - كما هو واضح مـــن مضمونها - أريد بها حماية نسب الطفل .

3) كل ما يتولد من محل التصرف الموقوف من زيادة ونماء سواء كان متصلا بـه أو منفصلا عنه فانه ينتقل الى من ثبت له ملك الأصل بالاجازة حتى لو كان هذا النمـــاء وهذه الزيادة قد حصلا ما بين تاريخ ابرام التصرف واجازته ، وترتيبا على ذلك فـاذا تعلق الأمر ببيع فضولي واجاز المالك الحقيقي البيع ، فان كل ما يتولد عن المبيع من لحظة ابرام العقد من نماء وزيـادة ينتقل الى المشترى من تاريخ ابرامه الـــى حـين الاجـازة أوبعدها .

المبحث الثالث

مقارنة بين أحكام الاجازة في القانون الوضعي وفي الفقه الاسلامي

تكشف مقارنة أحكام الاجازة في كل من القانون الوضعي و الفقه الاسلامي عن التقائهما في كثير من النقاط ، و ان كان هذا الا لتقاء لا يمنع من وجود بعض الاختلاف بينهما في نقاط أخرى و هذا ما نحاول تبيانه فيمايلي :

1) تعتبر الاجازة في كلا الاتجاهين تصرفا اراديا يصدر عن جانب واحد و يتمثل في الطرف الذى خوله المشرع هذا الحق ، ولا يحتاج الى قبول يصدر عن الطرف الآخر حتى فيما اذا تعلق الأمر بعقد .

2) المعتمد في كلا الاتجاهين هو ان الاجازة لا يمكن ان ترد على التصرفات الباطلة ، نعم ، ان هذه التصرفات يمكن ان تكون موضوعا لانشائها من جديد .

على ان التصرفات التي يمكن ان تلحقها الاجازة تتحدد في القانون الوضعي بما يسمى بالتصرفات القابلة للابطال ، أما في ظل الفقه الاسلامي فانها تتضمن ما اصطلح على تسميته بالتصرفات الموقوفة ، كما أن مجالها يتسع ليشمل التصرفات اللازمة التي اقترن بها خيار حوّلها الى تصرفات غير لازمة .

3) اذا كان المقرر في ظل القانون الوضعي أن المجيز يتحدد بمن خوله المشرع حق التمسك بالابطال كناقص الأهلية ، أومن شاب ارادته احد عيوب الارادة ، فان المعتمد لدى فقهاء الشريعة الاسلامية أن الاجازة كقاعدة عامة تتحدد في اطار التصرفات الموقوفة بالشخص الذى تم اقرار وقف التصرف حماية لِحَقِّهِ ، وفي ظل التصرفات التي اقترن بها أحد الخيارات فانها تبقى متوقفة على ارادة من قرر الخيار لمصلحته .

4) ان وسيلة التعبير عن الاجازة متفق عليها في كلا الاتجاهين . فالمقرر لديهما ان الاجازة يمكن ان تكون صريحة كما يمكن أن تكون ضمنية أى تستخلص من ظروف الحال ، كما أن المعتمد سواء في ظل القانون الوضعي أو لدى فقهاء الشريعة الاسلامية أن الأصل في السكوت هو عدم الدلالة الا اذا دلت ظروف الحال على خلاف ذلك ، أو كانت هناك ضرورة لحماية الغير .

5) بالنسبة لشروط الاجازة ، فالمعتمد في كل من القانون الوضعي و الفقه الاسلامي انه يشترط لصحة الاجازة أن تتوافر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني ،

و المتمثلة في علم من صدرت منه الاجازة بالعيب الذى كان يشوب ارادته أثناء قيام التصرف ، و اتجاه نيته نحو التنازل عن التمسك بهذا العيب ، و من ثم عن التمسك بطلب الابطال ، مع زوال هذا العيب وقت صدورها .

على أن فقهاء الشريعة الاسلامية يتطلبون في الاجازة شروطا اضافية تتمثل في وجود طرفي التصرف ، و المحل ، و المجيز ، وقت قيام التصرف ووقت صدور الاجازة أيضا .

و سبب تطلب فقهاء الشريعة الاسلامية لهذا الشروط مرده الى اختلاف أثر الاجازة في الفقه الاسلامي عنه في القانون الوضعي .

و اذا كان المعتمد في القانون الوضعي أن للاجازة دورا ستناديا و أنها لا تضيف شيئا جديدا الى التصرف طالما ان هذا التصرف كان قائما و منتجا لكل آثاره قبل صدورها ، وان دورها يتمثل فقط في ازالة الخطر الذى كان يهدد التصرف ، فان الأمر على خلاف ذلك لدى فقهاء الشريعة الاسلامية ، فالمقرر عند هؤلاء الفقهاء ان للاجازة دورين ، فقد تلعب دور الاستناد ، اى يكون لها اثر رجعي ، و قد يكون لها حكم الانشاء فقط ، أى لا ترتب آثارها الا لحظة صدورها ، و لذلك فان توافر الشروط الاضافية المتطلبة لدى فقهاء الشريعة الاسلامية وقت صدور التصرف ووقت صدور الاجازة يصبح أمرا ضروريا على اعتبار أن وقت صدور التصرف هو الوقت الذى تستند اليه الاجازة .

6) و فيما يخص حكم الاجازة ، فالمقرر في ظل فقه القانون الوضعي ان الاجازة حال صدورها تثبت دعائم التصرف المهدد بالزوال بحيث يصبح بمنأى عن خطر البطلان الذى كان يهدده ، وهو نفس الأثر الذى يتقرر لها أيضا في اطار الفقه الاسلامي أى أن التصرف الذى كان مهددا بالزوال يصبح مستقر الدعائم .

غير أن الاتجاهين و ان كانا يتفقان على ان الاجازة تثبت دعائم التصرف فان ذلك لا يمنع من القول بوجود اختلاف بينهما بهذا الصدد ، فالاجازة في ظل القانون الوضعي لا تضيف شيئا جديدا الى التصرف لأن المفروض ان التصرف يكون قائما وموجودا و مرتبا لجميع آثاره قبل توافرها ، أما في ظل الفقه الاسلامي فان الاجازة تلعب دورا جوهريا اذ بحصولها يصبح التصرف قادرا على ترتيب آثاره الشرعية ، و بدونها لا يمكن للتصرف ان ينتج أى أثر قانوني .

7) و فيما يتعلق بالزمن الذى يجب ان تصدر خلاله الاجازة ، فان المشرعين يتولون تحديده ، و من بينهم المشرع الجزائرى فقد نص في المادة 101 مدني على مايلي :

" يسقط الحق في ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات .

ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه ، وفي حالة الاكراه من يوم انقطاعه . غير أنه لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط أو تدليس أو اكراه اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد " .

الأمر الذي يجعلنا نقرر أن الحق في ابطال العقد (وكذلك الأمر بالنسبة الى التصرفات القانونية بالارادة المنفردة) يسقط في التشريع الوضعي بالتقادم اذا انقضت المدة المحددة قانونا ، وبانقضائها لا يمكن استعماله سواء عن طريق رفع دعوى مبتدأة أو عن طريق الدفع به، أما في ظل الفقه الاسلامي فقد رأينا ان فقهاء المذهب الحنفي يقررون أن التصرف الموقوف يبقى موقوف النفاذ طالما أن اجازته لم تتم من طرف من خوله الشارع هذا الحق ، بينما فقهاء المذهب المالكي يرون خلاف ذلك ، فهم يقولون : اذا صدر التصرف الموقوف بحضرة المالك الحقيقي ، وسكت فان سكوته يعتبر اجازة للتصرف ، أما اذا حصل التصرف بدون حضرته ، ثم علم به ، وسكت لمدة عام من تاريخ علمه ، فان سكوته يعتبر اجازة ضمنية منه للتصرف ، وينفذ التصرف في حقه .

ولو قارنا بين القانون الوضعي والحكم المعتمد في ظل المذهب المالكي لاتضح لنا أن الحل الأسلم هو الذي قال به فقهاء المالكية اذ أن تقصيرهم للمدة التي تصدر خلالها الاجازة تجعل رأيهم أكثر مراعاة لاستقرار الأوضاع القانونية .

الفصـــل الثـــانـــي

xxxxxxxxxxxxxxxx

تصحيح التصرف المشـوب بعيـب البطـــلان

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

تمهيـــد وتقسيم :

التعريف بتصحيح التصرف وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة :

لقد حظيت مسألة تصحيح التصرف المعيب باهتمام الفقه[1]، ويراد بها ازالـــة العيب الذى شـاب التصرف من الناحية الموضوعية ، وذلك عن طريق استيفاء الشرط الذى كان ينقصه كاعتماد الشكل الذى قرره المشرع[2] أو قيام الولي أو الوصي بمنح الترخيص المتطلب لسلامة التصرفات التي يسمح للقاصر باجرائها[3] أو تكملة الثمن الى الحـــد المقرر قانونـــا.[4]

واذن ، فتصحيح التصرف يختلف ـ بحسب الأصل ـ عن اجازته . ذلك أن التصحيح يتمثـل في تكملة الشرط المتطلب لقيـام التصرف من الناحية الموضوعية ، في حين ان الاجازة تعتبر تنازلا من طـــرف من قرر الابطال لمصلحته عن استعمال هذا الحـــق ، ويراعى أيضا أن الاجازة لا تلزم الا صاحبها ، في حين أن تصحيح التصرف ينتج آثـاره حتى بالنسبة الى الغيـــر.[5]

كما أن تصحيح التصرف يختلف عن عمل التصرف من جديد ذلك أن التصحيح متـى تـم ينتج آثاره حتى بالنسبة الى الماضي فيصبح التصرف الذى كان محلا له صحيحـا منذ لحظة اجرائه ، أمـــا عمل التصرف من جديد فينتج آثاره مستقبلا فقط بحيث يبقـى التصرف باطلا بالنسبة الى الفترة السابقة على تاريخ اجرائه من جديد .

---

(1) ويعتبر الاستاذ كريستيان دبيرون Christian DUPEYRON أول من قام بدراسة هذه المسألة دراسة دقيقة ، فصاغ لها نظرية عامة ضمنها رسالته تحت عنوان تصحيح التصرفات الباطلة (la régularisation des actes nuls) التي ناقشها بتولوز سنة 1972 ، في حين ان الفقهاء الذين سبقوه كانوا يدرسونها بصفة جزئية أى تبعا للحالات التي كانت تعرض عليهم .

(2) دبيرون / الرسالة ، بند 163 ومابعده ، ص 117 وما بعدها .

(3) دبيرون / الرسالة ، بند 180 ومابعده ، ص 125 وما بعدها .

(4) دبيرون / الرسالة ، بند 51 ، ص ص 31 ـ 32 .

(5) دبيرون / الرسالة ، بند 321 ، ص 224 .

وفضلا عن ذلك، فان تصحيح التصرف يختلف عن تحول التصرف أيضا ، فتحول التصرف - كما سبق أن أوضحنا - [1] يتضمن استبدال التصرف صحيح بتصرف باطل من غير ادخال أى عنصر جديد على التصرف الأصلي الباطل ، فتبقى عناصر هذا التصرف كما هي بدون تغييره غاية ما في الأمر أن التصرف يعاد تكييفه فيعطى تكييفا قانونيا غير التكييف الأول ، على خلاف التصحيح الذى يتم - كما أسلفنا - عن طريق اضافة عنصر جديد الى التصرف الباطل .

والواقع أن مسألة تصحيح التصرف قد بدأت تتسع من حيث النطاق ، نظرا لما يتطلبه استقرار الأوضاع من اتخاذ الاجراءات الكفيلة للحيلولة دون بطلان التصرفات ، وان كان موضوع الشركات التجارية يعتبر أخصب مجال لها .

وتسهيلا للدراسة نقسم هذا الموضوع الى ثلاثة مباحث ، نوضح في مبحث أول الصور المختلفة لتصحيح التصرف ، ونتعرض في مبحث ثان لتحديد نطاق التصحيح ، ونخصص مبحثا ثالثا لبيان اجراءات دعوى التصحيح .

المبحث الأول
++++++++++++++

الصور المختلفة لتصحيح التصرف المشوب بالبطلان
++++++++++++++++++++++++++++++++

أشرنا الى أن أهم الدواعي التي أدت الى اعتماد فكرة تصحيح التصرف المعيب ترد الى الرغبة في ضمان سلامة المعاملات وهو أمر لا يتحقق الا عن طريق استقرار الأوضاع .

والاستقرار الذى يتحقق عن طريق تصحيح التصرف يتم بوسائل ثلاث: اما عن طريقة ازالة العيب الذى شاب التصرف ، واما عن طريق الغاء الحق في رفع دعوى البطلان ، واما عن طريق تتمة الشروط الواجب توافرها في التصرف للحيلولة دون الحكم ببطلانه ، ونتولى عرض صور لهذه الطرق فيما يلي :

<u>الصورة الأولى</u> : تصحيح التصرف عن طريق ازالة العيب الذى شاب التصرف:

يتم تصحيح التصرف عن طريق ازالة السبب الذى جعله عرضة للبطلان بارادة طرفي التصرف معا أو بارادة طرف واحد فقط ، فمثلا اذا تعلق الأمر بعقد بيع وكان الثمن الوارد في العقد ينطوى على مخالفة للتشريع الجارى به العمل ، فان تصحيح التصرف يتم عن طريق تخفيض أو رفع هذا الثمن وجعله متماشيا مع الأحكام القانونية المقررة ،

---

(1) يراجع ما سبق 373 من هذه الرسالة .

وبذلك تثبت دعائم التصرف ويصبح بمنأى عن البطلان ، ومثل هذه الصورة تصدق في حالة الاستغلال اذ المقرر بمقتضى المادة 90/3 مدني أن من صدر منه الاستغلال اذا قام بعرض تكملة الثمن الذى يراه القاضي كافيا لاعادة التوازن الاقتصادى للعقد ، فان هذا العرض يؤدى الى ازالة عيب الاستغلال ، ومن ثم يحصن العقد المبرم ضد دعوى الابطال .

الصورة الثانية : تصحيح التصرف عن طريق سقوط الحق في رفع دعوى البطلان :

ان الاتجاه الحديث في الفقه والقضاء يتجه نحو استبعاد البطلان كلما تيسر له الأمر ، وقد اعتمد المشرع هذا الرأى - سميا منه الى ضمان استقرار المعاملات التجارية خاصة - فأورد أحكاما هامة بصدد الشركات التجارية ذات المسؤولية المحدودة وشركات الأسهم نظرا للدور الهام الذى تلعبه في المجالين الاجتماعي والاقتصادى ، اذ وضع حلولا سليمة هامة بمقتضاها قرر أن من كان ناقص الأهلية أو معيب الارادة للعيوب المقررة قانونا وقت ابرام عقد الشركة يمنع من استعمال حقه في التمسك بطلب الابطال متى لم يقم برفع دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ انذاره من طرف الشخص صاحب المصلحة (المادة 738/1 تجارى) ،أما اذا رفعت دعوى البطلان من طرف القاصر أو ممن شاب ارادته عيب من عيوب الرضا ، فانه يبقى من حق الشركة أو أحد الشركاء أن يعرض على المحكمة المختصة بالفصل في دعوى البطلان ، الاجراء الذى من شأنه أن يزيل مصلحة المدعي بطلب البطلان عن طريق شراء حقوق الشريك المعيب الارادة (المادة 737/2 تجارى) ومن قبيل ذلك أيضا ما قرره المشرع الجزائرى بمقتضى المادة 90/2 مدني من أن عدم قيام الطرف الذى كان ضحية الاستغلال برفع دعوى الابطال خلال سنة من تاريخ اجراء العقد يجعل دعوى الابطال غير مسموعة بمجرد انتهاء سنة من تاريخ اجراء التصرف .

الصورة الثالثة : تصحيح التصرف عن طريق استيفاء بعض الشروط التي يشترطها القانون والتي كان هذا التصرف مفتقرا اليها :

ومؤدى هذه الصورة أن التصرف قد يكون باطلا بطلانا مطلقا لعدم استيفاء أحد الشروط التي يتطلبها القانون ، فاذا تم استيفاء هذا الشرط انقلب التصرف صحيحا ، والمثال الذى درج الفقه عليه لتوضيح هذه الصورة يتمثل في الكمبيالة ، فالمادة 110 من تقنين التجارة الفرنسي والتي اعتمد حكمها المشرع الجزائرى في المادة

390 من القانون التجاري تطلبت ضرورة استيفاء شروط معينة فيها ، ورتب على مخالفتها بطلان هذه الورقة التجارية ، وحينئذ تساءل الفقه عن مدى امكان تصحيح هذه الورقة عن طريق تكملتها بالبيانات المتطلبة قانونا من عدمه ، واستقر في النهاية على امكان اجراء هذا التصحيح ، وهو ما جاراه فيه القضاء الفرنسي سعيا منه الى تشجيع التعامل بمثل هذه الأوراق نظرا لصفتي السرعة والائتمان اللتين أصبحتا من ضمن الخصائص المميزة للقانون التجاري المعاصر، شريطة أن يتم هذا التصحيح باضافة البيانات الناقصة قبل تحصيل السند .(1)

المبحث الثاني
++++++++++++++++

تحديد نطاق التصحيح في بعض الفروض
++++++++++++++++++++++++++++++

لقد أشرنا الى أن التصحيح قد يلحق تصرفات باطلة بطلانا مطلقا كما هو الأمر بالنسبة الى الكمبيالة التي لم تستوف الشروط القانونية المطلوب استيفاؤها ،كما أنه قد يلحق التصرفات القابلة للابطال مثل ما هي الحال بصدد بعض الشركات التي يكون أحد شركائها ناقص الأهلية أو معيب الارادة .

غير أن تساؤلين هامين يثاران بهذا الصدد ، وهما حالة ما اذا كان سبب بطلان التصرف قد زال نتيجة تعديل تشريعي ، أو كان البطلان نتيجة اجراءات موقتة تطلبتها ظروف الحال. وسنتعرض لهاتين المسألتين لما لهما من أهمية نظريةوعملية .

أولا : تصحيح التصرف ومسألة تعديل التشريع:

نكون بصدد هذا الفرض في حالة ما اذا لجأ المشرع الى اصدار قانون يعدل بمقتضاه أحكاما قانونية سابقة كانت مخالفتها تجعل التصرف باطلا ، ومن ذلك مثلا أن يكون المشرع قد نص على تحديد نسبة الفوائد بقواعد آمرة أي لا يمكن للأطراف

---

(1) يراجع في ذلك : نقض تجاري فرنسي 28/05/1969،منشور بالنشرة المدنية للقضاء، لسنة 1969،ج 4،فقرة 171،ص 152. ويراجع في هذا المنحى أيضا : نقض مدني فرنسي 10/07/1939، منشور ب(ج . س . ب JCP) لعام 1941 ، ج 2، بند 1617 مع تعليق روسو (Rousseau)، ونقض مدني فرنسي 31/01/1970 ، منشور بسيريه لعام 1970،ج 1، ص 255.

أن يتجاوزوها ، ولكنهم خالفوها فعلا باتفاقات فيما بينهم ، ونظرا لظروف اقتصادية معينة فان المشرع يصدر تشريعا جديدا بمقتضاه يعطي للأفراد الحرية في الاتفاق على تحديد الفوائد ، وحينئذ يرد تساؤل حول معرفة ما اذا كان التعديل التشريعي الجديد من شأنه أن يؤدي الى تصحيح التصرف الذى نشأ باطلا ، وهل لهذا التصحيح أثر رجعي أو يقتصر على ماينشأ في ظله مستقبلا ؟

يبدو بداهة أنه بامكان الأطراف أن يلجأوا الى اجراء تصرفهم من جديد ويضفون عليه الأثر الرجعي ، وبذلك يصححون التصرف السابق . غير أن هذا الاحتمال ضعيف جدا من الناحية العملية ، اذ قد يمتنع أحد الأطراف عن تطبيق هذا الحل لأن من شأنه أن يمس مصالحه الاقتصادية ، ولذلك فان التساؤل الذى طرحناه يبقى قائما لمعرفة ما اذا كان التعديل التشريعي من شأنه أن يؤدى تلقائيا الى تصحيح التصرف السابق أو لا ؟

لقد سبق للفقه أن أثار هذا التساؤل واختلف بصدد الاجابة عليه .

ففريق منه ذهب الى أن الاجابة على هذا التساؤل لابد أن تكون بالايجاب دون قيد ، مستندا في ذلك الى أن لجوء المشرع الى تعديل الأحكام القانونية التي كانت سارية المفعول يعتبر دليلا على ايمانه بأن تلك الأحكام لم تكن سليمة ، كما أن الحل الجديد من شأنه أن يحمي مصالح الغير الذين استندوا الى الوضع الظاهر الذى أثاره أطراف التصرف الباطل .(1)

بينما ذهب فريق آخر من الفقه الى استبعاد فكرة الأثر المباشر للتصحيح معتمدا فكرة الحقوق المكتسبة ، وفي ذلك يقرر جابيو أن المشرع اذا لم ينص على تصحيح التصرفات التي كانت باطلة بمقتضى قانون سابق حين اصداره للقانون الجديد ولم يعتمد صراحة فكرة الأثر الرجعي لهذا القانون ، فانه يكون قد ابتغى من وراء ذلك عدم المساس بالحقوق التي اكتسبها الأطراف والمتمثلة في حقهم في التمسك ببطلان التصرفات المبرمة قبل صدوره ، ومن ثم فانه اشترط لتصحيح التصرفات التي كانت باطلة في ظل القانون القديم ضرورة لجوء أطرافها الى التنازل عن حق النقد المقرر لهم ، أى تنازلهم عن حقهم في التمسك بالبطلان .(2)

---

(1) الأستاذ فارجات/ رسالته في النظام العام الاقتصادى ، بند 183 ، ص 147 ، وبند 546 ، ص 437 ، فضلا عن أن القول بتصحيح التصرفات السابقة على صدور القانون الجديد من شأنه أن يؤدى الى التقليل من حالات البطلان .

(2) جابيو / رسالته ، ص 318 .

و اذا كان الفقه قد تعرض لهذه المسألة، فانها قد عرضت أيضا على محكمة النقض الفرنسية فقضت بهذا الصدد أن التصرف اذا نشأ غير صحيح في ظل الأحكام السارية المفعول فان تعديل المشرع لتلك الأحكام لا يؤدي الى تصحيحه بصفة آلية.(1)

و نحن نساير رأي محكمة النقض الفرنسية في عدم اضفاء الصبغة الرجعية للأحكام القانونية الجديدة لأن هذا الاتجاه هو الذي يتماشى و مبدأ عدم رجعية القوانين باعتباره أحد المبادئ الهامة المستقر عليها، اللهم الا اذا أضفى المشرع على القانون الجديد أثرا رجعيا، كما يحدث غالبا بصدد الشركات اذ يلجأ في الكثير من الحالات الى تصحيح وضعها بأثر رجعي نظرا لما تلعبه هذه المؤسسات المالية من دور هام في الاقتصاد الوطني .

كما أن اعتماد فكرة الأثر الرجعي لا يتماشى و الحكم الواجب الاتباع في الحالة العكسية أي تلك الحالة التي يكون فيها التصرف صحيحا ثم يصدر المشرع تشريعا يجعله ممنوعا ، فالمستقر عليه ان التصرف اذا استوفى الشروط القانونية التي يستلزمها القانون القديم فانه يبقى صحيحا ، ولا يقدح في ذلك أن يصدر قانون يحظر اجراء هذا التصرف ابتداء من تاريخ اصداره . وصورة ذلك أن يكون التعدد في الزوجات مباحا ثم يصدر المشرع قانونا يقيد فيه التعدد كما يبدو ظاهرا في المادة الثامنة (8) من قانون الأسرة ، أو يحظره كلية ويقرر له جزاء عقابيا كما هو الأمر بالنسبة الى تونس (الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية).(2) فمن الواضح أن شخصا ما اذا

---

(1) يراجع في هذا المعنى : الحكم الصادر بتاريخ 1950/02/28 والمنشور في ج .س .ب . JCP لسنة 1950 ، القسم الثاني ،بند 5599، وملاحظات الأستاذ كاربونييه بالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1950 ،ص 369 . مع تعليق الأستاذ بيكيه (E. BECQUE) والحكم المؤرخ في 1959/03/02 المنشور بالنشرة المدنية للقضاء لسنة 1960 ،رقم 124، ص 105 ، والحكم الصادر بتاريخ 4/29/ 1960 ، المنشور بالنشرة المدنية للقضاء لسنة 1960، ج : 1، رقم 218، ص 178 .

(2) يجرى النص الجديد للفصل 18 من المجلة الصادرة بقانون رقم 58 - 70 بتاريخ 1958/07/04 على النحو الآتي :

-" تعدد الزوجات ممنوع .

- كل من تزوج وهو في حالة الزوجية ، وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة ... وبخطية (غرامة) قدرها ... أو باحدى العقوبتين، ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون " .

كان متزوجا بأكثر من واحدة ، فان عقود زواجه المبرمة في ظل القانون السابق لن تتأثر بالقانون الجديد ، ولو قلنا بخلاف ذلك أي بضرورة اضفاء الأثر الرجعي على القانون الجديد لتمين ايطال عقود الزواج المبرمة قبل صدوره وهو أمر يصعب اعتماده بالنظر الى النتائج الخطيرة التي تترتب عليه .

وخلاصة القول : هي أن التعديل التشريعي - في اعتقادنا - ليس من شأنه تصحيح الأوضاع الباطلة في ظل الوضع القانوني السابق ، اللهم الا اذا أفصح المشرع عن رغبته في اجراء هذا التصحيح ، فحينئذ لا مناص من النزول على ارادته .

ثانيا : البطلان المقرر بصفة مؤقتة :

قد يتقرر بطلان تصرف معين نتيجة وضع معين ، غير أن هذا الوضع قد يلحقه تغييره فيثار حينئذ تساؤل يتعلق بمعرفة ما اذا كان تغير الظروف من شأنه التأثير على مصير التصرف المبرم ، وعلى سبيل المثال فاننا نذكر بصورة الشخص الذى يتعامل في تركة مستقبلة ، فمما لا شك فيه أن هذا التصرف يعتبر باطلا بنص القانون .

غير أن هذا البطلان اذا ما قمنا بتحليله فانه يتضح أنه يرتبط بوضع معين مرجعه أن المورث حين اجراء التصرف كان لا زال على قيد الحياة ، ولذلك فانه يحق لنا أن نتساءل عن حكم هذا التصرف اذا آلت التركة المتصرف فيها الى المتصرف ؟

ان التحليل القانوني السليم يتطلب منا اعتبار التصرف المبرم باطلا ، لأن اجازته تؤدى الى افراغ الحكم الوارد في المادة 92/2 مدني من قيمته والحيلولة دون تحقيق الهدف المبتغى من وضعه والمتمثل في منع كل مضاربة على حياة المورّث .

على أنه اذا كان هذا هو المبدأ العام فانه يرد عليه استثناءان يتمثلان فيما يلي :

الاستثناء الأول : يتعلق بالزواج الذى يبرمه شخص لم يبلغ السن المحددة قانونا[1] فتبدو الحاجة ملحة الى اعتبار هذا الزواج صحيحا بالرغم من عدم توافر شرط السن في الزوجين معا أو في أحدهما ، وقد سبق للمشرع الجزائرى أن أخذ صراحة بهذا الاستثناء في القانون رقم : 63-224 الصادر في : 1963/06/29[2]

(1) الدكتور محمد الحسيني حنفي /تقنينات الأحوال الشخصية في الجزائر ، بحث نشره بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية جامعة الاسكندرية العدد الثاني ، يوليو سنة 1974 ، ص 172 ، وما بعدها .

(2) منشور بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ : 1963/07/02 .

فبعد أن حدد سن الزواج بثماني عشرة سنة كاملة بالنسبة للرجل وست عشرة سنة كاملة بالنسبة الى المرأة (المادة 1/1) ورتب البطلان المطلق على عدم استيفاء هذا الشرط اذا لم يتم الدخول فيه (المادة 1/3) والبطلان النسبي حالة حصول الدخول فيه (المادة 2/3) أورد استثناء على هذا المبدأ العام في الفقرة الثانية من المادة الأولى خول بمقتضاه رئيس المحكمة سلطة منح الاذن بالاعفاء من السن حالة وجود دواعي قوية بعد أخذ رأى وكيل الجمهورية. كما أن المشرع الجزائري قام من جديد بتحديد سن أهلية الزواج في قانون الأسرة رقم: 84-11 الصادر بتاريخ 09/06/1984 بواحد وعشرين (21) سنة بالنسبة للرجل وبثماني عشرة (18) سنة بالنسبة للمرأة، وأعطى للقاضي سلطة تقديرية بمقتضاها يمنح رخصة الزواج قبل بلوغ هذه السن وذلك تحقيقا لمصلحة الزوجين أو لأحدهما، أو لضرورة (المادة 7 من قانون الأسرة). وكمثال لحالة الضرورة أن يختطف رجل فتاة لم تصل بعد سن الرشد، ثم يعرض الزواج معها، فيقبل أهلها هذا العرض، أو لمصلحة الزوجة كأن تكون صغيرة بدون ولي، وتضطهد في حالة تشرد فيتقدم رجل للزواج بها وتقبله زوجا، وتكون حالتها البدنية تسمح بذلك، ففي مثل هاتين الصورتين يعتبر الزواج صحيحا، ويلزم ضابط الحالة المدنية بقيد هذا الزواج تنفيذا للترخيص الصادر عن رئيس المحكمة. كما أن المشرع قرر في المادة 4 من قانون رقم 63 - 244 صحة الزواج حتى ولو لم يكن الزوجان معا أوكان أحدهما لم يبلغ السن القانونية حالة ابرامه، غير أن هذه الصحة قيدها بتوافر أحد شرطين أولهما بلوغ الزوجين معا السن القانونية وثانيهما اذا كانت الزوجة التي لم تبلغ السن القانونية حاملا.

<u>الاستثناء الثاني</u>: ينطوي تحت حالة بيع ملك الغير. فقد أورد المشرع في الفقرة الثانية من المادة 398 مدني أن البيع من طرف شخص غير مالك للشيء المبيع " يعتبر ... صحيحا في حق المشترى اذا اكتسب البائع (غير المالك الحقيقي) ملكية المبيع بعد انعقاد البيع ". ومن الواضح - طبقا لهذا النص - أن البائع اذا كان غير مالك للشيء المبيع وقت ابرام عقد البيع ثم صار مالكا له بعد ذلك سرى ذلك التصرف في مواجهته، واعتبر التصرف المبرم صحيحا من تاريخ ابرامه.

وقد ذهب القضاء الفرنسي الى أبعد من ذلك فأوضح أن التصرف المبرم يسرى في مواجهة المالك الحقيقي اذا أصبح هذا الأخير خلفا عاما للبائع، لأنه يصير - حينئذ - ملزما بضمان عدم التعرض للمشترى، وفي ذلك قررت محكمة النقض الفرنسية " حيث أن الوارث يلزم بتنفيذ البيع الذى أجراه مورثه، فان محكمة الاستئناف

تكون قد أصابت حينما اعتبرت البيع المبرم صحيحا حتى لوكان قد انصب على أموال مملوكة للوارث ، وذلك اعمالا لمبدا عدم قابلية الضمان للانقسام". (1)

ومن التحليل السابق يخلص لنا ان نظرية التصحيح تفترض وجود تصرف باطل او قابل للابطال ، وأن تعديله يؤدي الى انقضاء دعوى البطلان ،كما ان دعوى التصحيح تهدف الى جعل التصرف الباطل او القابل للابطال صحيحا وذلك بالغاء العيوب التي كانت السبب في بطلانه ، ولكن كيف يتم التصحيح ؟

يتم التصحيح باحدى الطريقتين فاما أن يتم بالطريق الودي واما أن يتم عن طريق القضاء ، وهو ما يمكن تسميته بالتصحيح القضائي او الجبرى ، وبما ان التصحيح الودي لا يثير اشكالا لانه يعتبر حصيلة اتفاق طرفيه فاننا نقصر دراستنا على بعض المسائل التي قد تثار في مجال التصحيح القضائي .

المبحث الثالث

اجراءات دعوى تصحيح التصرف وآثار الحكم به

الهدف من دعوى التصحيح هو جعل التصرف المهدد بالبطلان بمنأى عن الخطر الذى يهدده ، ليصبح قادرا على انتاج كل الآثار القانونية التي حددها له المشرع .

والواقع هو أن مجال دعوى التصحيح يكاد ينحصر في المجال التجارى ،وخاصة في اطار الشركات نظرا لأهميتها في الاقتصاد الوطني .

هذا ، وتحليل الأحكام المتعلقة بدعوى التصحيح يتطلب منا التعرض لبيان اجراءات دعوى تصحيح التصرف في مطلب أول ، ثم بيان الآثار التي تترتب على الحكم بتصحيحه في مطلب ثان .

---

(1) نقض مدني 1962/01/06 ، منشور بالنشرة المدنية للقضاء لسنة 1962، ج 1 ، رقم 6 ، ص6 .

المطلـــب الاول

اجراءات دعوى تصحيح التصـــرف

نقصد باجراءات دعوى تصحيح التصرف تبيان الاشخاص الذين يحق لهم التمسك بدعوى التصحيح ، والأطراف الذين ترفع ضدهم ، ودور القاضي في توجيه الاطراف لاجراء عملية التصحيح .

1) تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بدعوى التصحيح :

ترفع دعوى التصحيح من قبل احد طرفي التصرف ، وصورتها أن يبيع احــد الطرفين الى الآخر شيئا بثمن يفوق الحد القانوني فيجوز للطرف المتضـرر ان يطالب بتصحيح التصرف عن طريق انقاص الثمن الى المستوى الذى حدده المشرع .

هذا ، والمشرع قد يوسع من نطاق الاشخاص الذين يحق لهم التمسك برفـع دعوى التصحيح ، ومن ذلك مثلا ما نص عليه المشرع الجزائرى في المادة 738 تجارى من أن الامر اذا تعلق " ببطلان شركة ... مبني على عيب في الرضـا او " فقد " (والاصح نقص) اهلية شريك ، واذا كان التصحيح ممكنا ، يجـوز لكل شخص يهمه الامـر أن ينذر الشخص الجدير بهذا الاجراء اما بالقيـام بالتصحيح ... ويتعين ابلاغ الشركة بهذا الانذار".

على اننا ونحن بصدد تطبيق الحكم الوارد في هذه المادة نثير تساؤلا يتعلق ببيان ما اذا كان بامكان الشركة كشخص معنوى رفع هذه الدعوى بصفـة شخصية ؟

اننا نعتقد ان من الصعوبة تقبّل مثل هذا الفرض لأن الشركة في مثل هـذه الحالة ستلجأ الى رفع دعوى ضد نفسها ، على ان ذلك ليس من شانه أن يمنـع مسيرى الشركة من رفع هذه الدعوى ، اذ اننا نرى ان عبارة " كل شخص يهمـه الامر " يجب ان تفسر تفسيرا موسعا لتشمل النيابة العامة التي تمنح هـي بدورها ايضا امكان رفع دعوى التصحيح نظرا للدور الصلحي الذى تلعبـه الشركة في الاقتصاد الوطني ، وان كان هذا الحق لا يثبت للنيابة العامة الا اذا احيطت علما بالعيب الذى يكون قد شـاب الشركة .

2) تحديد الطرف الذي ترفع ضده دعوى التصحيح :

ترفع دعوى التصحيح ضد من يقع على عاتقه عبء رفع سبب البطــلان ، فاذا كان سبب البطلان صادرا من المشترى في عقد بيع بوجود استغلال يد البائع مثلا ، فان دعوى التصحيح ترفع من هذا الأخير ضد المشترى ليتولى دفع ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن (المادة 90/3 مدني) .

واذا ما تعلق الأمر بشريك مثلا وتوافر في جانبه سبب البطلان لنقص اهليته أو كون ارادته مشوبة بأحد عيوب الارادة المقررة ، فان دعوى التصحيح ترفع ضد هذا الشريك نفسه (المادة 738/1 تجارى) ، أما اذا كان التصحيح متعلقا بالشركة نفسها ، كما لو خرقت الشركة الأحكام المتعلقة بشهر الشركات ، فدعوى التصحيح ترفع ضد الشركة نفسها (المادة 739 تجارى) .

واذن ، فدعوى التصحيح ترفع ضد من يجب عليه القيام بعملية التصحيح لازالــة سبب البطـــلان .

3) سلطة القاضي في منح اطراف التصرف أجلا كافيا لاجراء عملية التصحيح :

لقد لاحظنا ان الهدف من اعتماد دعوى التصحيح هو التقليل مــن حالات بطلان التصرف واحترام مبدا استقرار الاوضاع القانونية ، ولذلك فلا غرابة في أن نجد المشرع الجزائرى قد عنى بهذه المسألة ونظم أحكامها بصدد بعض التصرفات التي تلعب دورا هاما في الحياة الاقتصادية للدولة ، واعتمد احكاما صريحة بصدد الشركات التجارية فوضع حلولا هامة ورد النص عليها في المادتين 735 و 736 من القانون التجارى .

فأما الحكم الاول فيكمن في انقضاء دعوى بطلان الشركة اذا انقطع سببه كمـا اذا كان عقد الشركة غير مكتوب ، أو كان بعض الشركاء لم يقدموا حصصهم مثــلا ، فانه يجوز للشركاء تصحيح البطلان بكتابة العقد ، أو بتقديم الحصص ، أو بالقيــام بأيّ عمل من شأنه تصحيح البطلان أيـــا كان سببه حتى لو كان هذا التصحيــح قد حصل يوم نظر دعوى الموضوع ما لم يكن البطلان راجعا الى عدم مشروعيــة محل الشركة .

وأما الحكم الثاني ، فان المشرع الجزائرى – حرصا منه على تحقيق الهدف مــن دعوى التصحيح – أبدى رغبته بمقتضى المادة 736 في ازالة اسباب البطــلان

سعيا منه الى ضمان بقاء الشركة واستمرارها ، فألزم المحكمة المختصة بعدم اصدار حكم بالبطلان الا بعد انتظار مضي مدة شهرين تبدأ من تاريخ افتتاح الدعوى حتى لو كان سبب البطلان قائما ، وذلك حتى تتاح للشركاء فرصة تصحيح اوضاع الشركة وازالة العيب الذى كان سببا في رفع دعوى البطلان (1).

اما الحكم الثالث ، فنجد المشرع الجزائرى قد أجاز بمقتضاه للمحكمة التي تتولى النظر في دعوى بطلان الشركة أن تحدد أجلا للشركاء حتى يتمكنوا من ازالة سبب البطلان ، وخولها حق منح هذا الاجل من تلقاء نفسها ، بل انه جعله أمرا وجوبيا على المحكمة في الحالة التي يثبت لها انه قد تم استدعاء الشركاء في شركات التضامن أو الجمعية القائمة على ادارة الشركة في الشركات ذات المسئولية المحدودة أو في شركات المساهمة ، لبحث ازالة سبب البطلان طبقا لما يقضي به صريح الفقرة الثانية من المادة 736 تجارى .

المطلب الثاني

آثار الحكم الصادر بتصحيح التصرف المعيب

اذا صدر حكم بتصحيح التصرف ، فما هي الآثار التي تترتب عليه ؟

الواقع ان الاجابة على هذا التساؤل لا تتجاوز أحد أمرين : فاما أن يلجأ المدعى عليه الى تصحيح التصرف ، ومن ثم يصبح التصرف بمنأى عن البطلان الذى كان يهدده ، واما أن يرفض المدعى عليه القيام بالتصحيح بعد منحه أجلا لاجراء عملية التصحيح ، وفي هذه الحالة يسوغ لذي المصلحة أن يتمسك بالبطلان ، فلو تعلق الامر بشركة مثلا فلا مناص - حينئذ - من الحكم ببطلانها ، وللتوصل الى ذلك ، يكفي ان يثبت المدعي ان الشركة لم تستجب للامر القضائي الصادر بتصحيحها (المادة 737 تجارى) .

على انه قد يحدث عملا ألا يلجأ المدعى عليه الى تصحيح التصرف ، كما ان المدعي قد لا يعمد الى التمسك بالبطلان لفترة زمنية ، فما الحكم اذن؟

الواقع أن المشرع - نظرا لأهمية هذه المسألة - كثيرا ما يلجأ الى تحديد مدة معينة لرفع دعوى التصحيح ، فاذا لم تمارس هذه الدعوى ، ولم ترفع دعوى البطلان

---

(1) في تحليل هذا الحكم ، يراجع الدكتور احمد محرز / القانون التجارى الجزائرى طبع 1979 ، ج 2 ، بند 69 ، ص ص 86 - 87 .

خلا لها أيضا ، فان التصرف يستقر ، و من ثم يصبح بمثابة التصرف الصحيح ، ومن الأمثلة التي يمكن ايرادها في هذا الصدد ما قرره المشرع الجزائري في المادة 2/90 مدني من أن دعوى الابطال للاستغلال اذا لم ترفع خلال سنة من تاريخ ابرام العقد فان هذه الدعوى تصبح غير مقبولة ، وما نص عليه بمقتضى المادة 1/738 تجاري من أن الشريك ناقص الأهلية او المصيب الارادة اذا لم يقم برفع دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ انذاره فحقه يسقط في رفع هذه الدعوى .

الفصل الثالث
xxxxxxxxxxxxxxxxx

تقادم دعوى البطلان
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

لتحليل أحكام التقادم نرى ضرورة بسط حكمه لدى المشرعين في مبحث أول، ثم بيان موقف فقهاء الشريعة الاسلامية في مبحث ثان .

المبحث الأول
+++++++++++++++++

تقادم دعوى البطلان في التشريع الوضعي
+++

يلجأ المشرع في كثير من الحالات الى تحديد مدة يسمح خلالها لصاحب المصلحة بممارسة حقه عن طريق رفع دعوى به أمام القضاء ، فاذا لم يتقدم برفع هذه الدعوى خلال المدة المحددة رتب المشرع على سكوته تنازله عن حقه ولن يبقى بمستطاعه المطالبة بهذا الحق فيما بعد وهو ما يعرف اصطلاحا بالتقادم المسقط (prescription exctinctive).

هذا ويجدر بنا أن نشير الى أن التقادم يؤدي الى سقوط الدعوى دون سقوط الحق نفسه ولذلك فان القاضي ليس له الحق في اثارة التقادم من تلقاء نفسه كما أنه ملزم بالاستجابة لطلبات المدعي طالما أن المدعى عليه لم يدفع بالتقادم ، وترتيبا على هذه القاعدة الخاصة بالتقادم ، جرى العمل على التمييز بين دعوى البطلان والدفع بالبطلان ، فبينما نكون في الحالة الأولى بصدد دعوى يرفعها شخص لاضفاء صفة البطلان على التصرف للأسباب التي يحددها القانون ، فان الأمر يقتصر في الحالة الثانية على مجرد دفع يستعمله المدعى عليه كسلاح لدرء دعوى الوفاء التي قد يرفعها شخص ضده ، ولذلك فان الأمر يستدعي التمييز بين فرضين :

الفرض الأول : يتعلق بما يسمى بانقضاء دعوى البطلان ، والفرض الثاني خاص بما اصطلح على تسميته بسقوط الدفع بالبطلان ، وتخصيص لكل منهما مطلبا خاصا به .

المطلب الأول

التقادم ودعوى البطلان

لقد أثارت مسالة تحديد مجال اعمال التقادم تساؤلات عديدة تتمثل في البحث عما اذا كانت تسرى بشأن التصرفات كلها أو ببعضها فقط، ثم تحديد الأساس القانوني لدعوى البطلان .

وللاجابة على هذا التساؤل نرى ضرورة التمييز بين التصرفات الباطلة بطلانا مطلقا والتصرفات القابلة للابطال .

أولا : تقادم دعوى البطلان المطلق (أو الانعدام) :

لقد كانت مسألة تقادم البطلان (ملحقا به الانعدام) مثار جدل فقهي وقضائي ، فقد اختلف الفكر القانوني حولها ، وأدى هذا الاختلاف الى ظهور اتجاهين يتمتع كل منهما بقوة اقناع لا يستهان بها .

فالاتجاه الأول ينكر تقادم دعوى البطلان المطلق (والانعدام)ومن هؤلاء الفقيهان : أوبرى ورو اللذان يريان أن "التصرف المنعدم لا يمكن تغطيته بمرور فترة معينة من الزمن "،(1) كما أن القضاء الفرنسي سبق له أن اعتمد هذا الاتجاه وان كان ذلك قد تم بصفة استثنائية ، فقد ورد في حكم لمحكمة النقض الفرنسية أن "التصرف اذا كان باطلا بطلانا مطلقا كما لو تعلق الأمر ببيع باطل لعدم وجود ثمن جدي فان هذا التصرف لا يتمتع بوجود قانوني ، ولذلك لا يمكن أن تتم تغطيته عن طريق التقادم "(2) كما أن محكمة استئناف ايكس قد اعتمدت نفس الرأى ووضعت مبدأ مؤداه "ان البطلان المطلق لا يمكن تغطيته بمرور الزمن ، اذ أن الزمن لا يمكن أن يصحح وضعا يحظره القانون "(3) ومثل هذا المنحى نجده أيضا في بعض التشريعات كالتشريع المكسيكي ، الذى أوضح في المادة 2224 أن التصرف القانوني المنعدم (4) لتخلف الرضا أو المحل . . .

---

(1) أوبرى ورو /القانون المدني ، ج 4 ، بند 339 ، ص 448 .

(2) نقض مدني فرنسي بتاريخ 16/ 11/ 1932 منشور بدالوز سنة 1933 ، ص 4 ، وبسيريه لعام 1934 ، ص 1 ، مع تعليق ايسمان ، وجازيت دي باليه ، لعام 1933 ، ج 1 ، ص 304 .

(3) منشور بـ:ج .س.ب . J.C.P لعام 1951 ،ج 2 ، بند 5945 .

(4) يبدو أن هذا التشريع ما يزال يعتد بفكرة الانعدام .

لا ينتج أى أثر قانوني . . . ولا يتم تصحيحه بالاجازة ، كما أنه لا يخضع للتقادم ويمكن لكل ذى مصلحة أن يتمسك به " ونلاحظ نفس الاتجاه عند المشرع الايطالي وان كان قد وضع قيودا على المبدأ العام بموجب المادة 1422 مدني التي نصت على أن دعاوى البطلان المطلق لا تخضع للتقادم ما لم يتعلق الأمر بأثر التملك بوضع اليد ، أو تقادم دعاوى الرجوع بشأن ما دفع بغير حق .

اما الاتجاه الثاني فان أنصاره: وان كانوا يرون بأن المنطق يحول دون اعتماد فكرة تقادم دعوى البطلان المطلق لأن التصرف الباطل بطلانا مطلقا هو في حقيقته عدم والعدم لا يمكن بعثه ، كما انه لا يمكن ان يستقر بمرور الزمن ، فانهم يقولون بوجوب الخروج عن هذا المبدأ العام ، واخضاع دعوى البطلان المطلق للقواعد العامة في التقادم حماية للأمن الاجتماعي لأن اعتماد هذا الحكم هو وحده الذى يحقق المحافظة على الأوضاع التي تمت واستقرت بمرور الزمن .

واذا كان هذا هو الجدل الفقهي الذى ظهر بصدد مدى امكان ورود التقادم على دعوى البطلان المطلق من عدمه ، فما هو موقف المشرع الجزائرى من هذه المسألة ؟

الواقع أن الاعتبارات التي قال بها أنصار الاتجاه الثاني كانت في ذهن المشرع الجزائرى حين نص في المادة 102/ 2 مدني على سقوط دعوى البطلان بالتقادم بقوله : " وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت ابرام العقد " مفيدا بذلك أن الأوضاع التي استقرت يجب احترامها وذلك باسقاط دعوى البطلان التي كان حق استعمالها مقررا للكافة . ولكن هل يعني ذلك أن التصرف يصبح صحيحا بعد مضي هذه المدة ؟ اننا نعتقد عكس ذلك ، ونرى أن التصرف يبقى باطلا وبصفة دائمة ، غاية ما في الأمر أن دعوى البطلان اذا ما عرضت على القضاء فانها لن تسمع بسبب سقوطها .

---

(1) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 238 ، ص 282.
(2) يراجع في هذا التعليل مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى ، ج 2 ، ص ص 250 - 253 .
(3) وفي هذا المعنى الدكتور فرج الصدة : نظرية العقد في الدول العربية " المحاضرات المشار اليها سابقا ، ص 90 ، وقد أخذ بهذا الحكم كل من القانون المدني المصرى (المادة 141) والقانون المدني السورى (المادة 142) والقانون المدني الليبي (المادة 141) ، ولم يرد نص مقابل في القانونين العراقي واللبناني ، وللاطلاع اكثر يراجع الدكتور السنهورى في مؤلفه / الوجيز ، المرجع السابق ، ص 195 هامش (1) .
وفي فرنسا لا يوجد نص صريح حول هذه المسألة ، على أن الفقه - مسايرة لما استقر عليه القضاء الفرنسي - يرى أن ليس هناك ما يمنع من تطبيق المبدأ العام المنصوص عليه

ثانيا : تقادم دعوى البطلان النسبي :

سبقت الاشارة الى أن المشرع الجزائري قد أخذ بفكرة القابلية للابطال فيجعل التصرفات الخاضعة لهذه الدرجة من البطلان قابلة للاجازة، وسيرا منه في هذا الاتجاه لم يمانع في خضوع الدعاوى المتعلقة بها للتقادم أيضا، فقرر أنه اذا انقضت المدة المقررة لرفع هذه الدعوى دون أن يحرك الطرف الذى قررت لصالحه ساكنا، فان التصرف يصير مستقرا، ومن ثم يصير بمثابة التصرف الصحيح، وقد نص على ذلك في المادة 101/1 مدني بقوله "يسقط حق ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات". (1)

../.. في المادة 2262 مدني فرنسي والتي جاء بها أن "كل الدعاوى عينية كانت أو شخصية تتقادم بثلاثين سنة" "Toutes les actions tant réelles que personnelles sont prescrites par trentes ans".

ورتب على ذلك، أن دعوى البطلان المطلق تتقادم بمرور ثلاثين سنة، يراجع بلانيول وريبير واسمان/المرجع السابق، بند 310، ص ص 393-394، ومارتي ورينو/المرجع السابق، بند 205، ص ص 185-186، وكاربونبيه/المرجع السابق، بند 131، ص 195، وكولان وكابيتان/المرجع السابق، بند 774، ص ص 435-436.

(1) والواقع ان مبدأ التقادم المشرى بصدد دعاوى البطلان النسبي المعتمد من طرف المشرع الجزائري ترد عليه استثناءات معينة تولى المشرع فيها تقصير مدة التقادم، فمثلا في مجال الشركات التجارية حدد المشرع مدة التقادم كأصل عام بثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ حصول البطلان (المادة 740 تجاري)، وذلك ضمانا لاستقرار الشركة وحماية الاطراف المتعاملة معها.

ومما تجدر ملاحظته ان مبدأ التقادم المشرى المقرر بمقتضى المادة 101/1 مدني لا يسرى الا بالنسبة لدعاوى البطلان النسبي، ومن ثم، فانه لا يسرى على دعاوى الفسخ والانفساخ والصورية (غرفة تلقي العرائض 09/11/1875 منشور "بد الوز 1876، ج 1، ص 443).

كما انه لا يطبق على الدعاوى التي يرفعها الغير لتقرير عدم نفاذ التصرف في مواجهتهم كالدعوى البولصية (نقض مدني 09/01/1965 منشور بد الوز 1965، ج 1، ص 19).

على أن القضاء الفرنسي قد عمد الى مد سريان مدة التقادم المنصوص عليها في المادة 1304 مدني فرنسي (التي كانت تحدد مدة تقادم دعوى البطلان النسبي بـ 10 سنوات، ثم قصرها المشرع الفرنسي بمقتضى قانون رقم : 68-5 صادر بتاريخ 03/01/1968 الى خمس سنوات) الى دعاوى بطلان الزواج بسبب عيوب الرضا، (نقض 17/11/1958 منشور بد الوز 1959، ص 18 مع تعليق هولو HOLLEAUX) كما انه اخضع لاحكام هذه المادة دعاوى البطلان لعدم استيفاء شرط الشكلية على الرغم من ان هذه الحالة لا تدخل في مجال تطبيقها (نقض مدني 02/08/1898 منشور بد الوز الدورى لسنة 1898، ج 1، ص 553 مع تعليق جالاسون GALASSON).

وإذن ، فما هو السبب الذى جعله لا يمانع في سريان تقادم دعوى الابطال؟ وكيف يتم حساب مدد التقادم في الحالات المختلفة التي اعتبرها سببا لهذا النوع من البطلان ؟ ذلك ما نحاول تبيانه فيما يلي :

1) ما سبب لجوء المشرع الى تقصير مدة تقادم دعوى الابطال؟

لقد سبق للفقه التقليدى أن تعرض للاجابة على هذا التساؤل وارتأى أن سلامة المعاملات القانونية واستقرارها يتطلب عدم تركها مهددة الى ما لا نهاية ، بل يحسن اتخاذ الاجراءات الكفيلة لتثبيت دعائمها . ولذلك فانه متى نشأ التصرف مريضا فان الحاجة تدعو الى ازالة العلة الذى كانت السبب في مرضه ، ومن وسائل ازالة هذه العلة سكوت الشخص الذى قرر الابطال لمصلحته عن ممارسة الحق المقرر له خلال فترة زمنية يحددها المشرع ، فسكوته حتى انقضائها يكون بمثابة دليل على اجازته الضمنية للتصرف المبرم . (1)

وقد لقي هذا التعليل صدى لدى الكثير من الفقهاء المعاصرين ، ومن هؤلاء ما يقرره الأستاذان : مارتي ورينو من أن سبب لجوء المشرع الى تقصير مدة التقادم في حالة البطلان النسبي مرده الى اجازة (من قرر البطلان لمصلحته) التصرف المبرم ، اذ أنه بسكوته خلال المدة المقررة لطلب الابطال يكون قد تنازل ضمنا عن هذا الطلب" (2)

على أن هذه الفكرة التي تجد مصدرها في مبدأ سلطان الارادة لم تعد وحدها كافية لتفسير المدة القصيرة للتقادم المعتمدة تشريعا ، فالأستاذان : بلانيول وريبير يريان أن " أساس نظام التقادم يرتكز على فكرة الزمن ، وأنه يراد به تحقيق السلم الاجتماعي ، وتصحيح الأوضاع غير المستقيمة " (3) ويرى الأساتذة مازو أن لجوء المشرع الى اعتماد فكرة التقادم بصدد البطلان النسبي معناه احترام ارادة الشخص الذى قرر البطلان لمصلحته وانما يراد به الاستجابة لمتطلبات الامن القانوني ".(4)

---

(1) كولان ،وكابيتان/ القانون المدني ،ج 2،بند 267،ص 189.

(2) مارتي ورينو/القانون المدني ،ج 2،بند 206،ص186،وفي هذا المعنى الفقيه ستارك / القانون المدني ، الالتزامات ،بند 1660 ، ص 503 .

(3) بلانيول وريبير/المطول العملي ،ج 6،المرجع السابق،بند 310، ص 394 .

(4) الأساتذة مازو/د روس،في القانون المدني ، المرجع السابق،ج 2،بند 320،ص267. في هذا المعنى أيضا ،فلور وأوبير/ المرجع السابق،بند 350،ص271،يراجع بهذا الصدد ما سبق تحليله بصفحة 428 من هذه الرسالة .

وإذن ،فإن الهدف من تقصير مدة تقادم دعوى الابطال يكمن أساسا في السعي نحو تحقيق مبدأ استقرار الأوضاع والمراكز القانونية. ولتحقيق هذه الغاية ،فإن الأمر يستوجب تقصير المدة المقررة لرفع دعوى الابطال. ولذلك، فإنه لا يسعنا بهذا الخصوص إلا أن ننتقد موقف المشرع الجزائري الذي انتهج مسلكا لا يتماشى وتحقيق مثل هذه الغاية . فمدة العشر سنوات التي منحها لصاحب المصلحة في رفع دعوى الابطال بمقتضى المادة 101/1 مدني الآنفة الذكر تعتبر مدة طويلة في نظرنا ، ولا تساعد على تحقيق مبدأ استقرار الأوضاع والمراكز القانونية المبتغى من وراء تقييد دعوى الابطال بمدة زمنية معينة. ولذلك فإننا نتمنى أن يعدل المشرع الجزائري عن هذا الموقف ، وأن يلجأ الى تقصير مدة تقادم دعوى الابطال كما فعل ذلك الكثير من المشرعين نذكر من بينهم المشرع الفرنسي الذي قصر هذه المدة بخمس سنوات بعد أن كان يحددها سابقا بعشر سنوات والمشرع المصري الذي جعلها ثلاث سنوات والمشرع السوري الذي حددها بسنة واحدة ، والمشرع العراقي الذي عمد الى تخفيضها بشكل ملحوظ بحيث جعل حدها الأقصى محددا بثلاثة اشهر فقط (1).

2) كيف يتم حساب مدة التقادم بصدد كل حالة من حالات البطلان النسبي المختلفة؟

أجابت المادة 101 مدني جزائري في فقرتها الثانية بما نصه" ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه ، وفي حالة الاكراه من يوم انقطاعه . غير انه لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط او تدليس أو اكراه اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد" .

ان نص المادة 101 مدني جزائري يحدد المدة المقررة لرفع دعوى الابطال ، كمايلي :

أ) اذا كان سبب الابطال نقص الاهلية ، فإن الحق في التمسك بالابطال ينقضي بمضي عشر سنوات من وقت بلوغ سن الرشد ، ولما كانت سن الرشد في القانون

(1) يراجع في ذلك : الاستاذ الدكتور علي علي سليمان/ مقاله المنشور بمجلة الشرطة، العدد 30 الصادر في ماي 1986 ،والمحاضرة العامة لنفس المؤلف تحت عنوان "نظرة عامة حول القانون المدني الجزائري " الملقاة بوهران 05 ماي 1986 السابق الاشارة اليها ،بند 8 ، ص 11 .

المدني الجزائري هي تسع عشرة (19) سنة (المادة 40/2 مدني) ،فان الحق في الابطال ينقضي اذا بلغ الشخص تسعا وعشرين سنة من عمره ،وهذه مدة طويلة جدا ،تؤدي الى عدم استقرار المعاملات ،لذلك قصرها القانون المصري الى ثلاث سنين (المادة 140/1 مدني مصري) (1).

ب) واذا كان سبب الابطال هو الغلط أو التدليس أو الاكراه ،فان الحق في التمسك بالابطال ينقضي :

(1) اما بمضي عشر سنوات من الوقت الذي ينكشف فيه الغلط او التدليس أو من الوقت الذي يزول فيه الاكراه .

(2) واما بمضي خمس عشرة (15) سنة من الوقت الذي ابرم فيه التصرف " والعبرة في ذلك بأقصر الأجلين ". (2) فمثلا لو أبرم شخص جزائري في 01/01/1986 عقد بيع تحت تأثير غلط ،فان مقتضى النص القانوني ان دعوى الابطال تنقضي بأقصر الأجلين :

أولهما : بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ ابرام التصرف ،أي الى غاية : 2000/12/31 .

ثانيهما : بمرور عشر سنوات من تاريخ اكتشاف الغلط .

وعلى ذلك ،فاذا اكتشف الغلط في: 1988/04/01 تعين تطبيق الحل الثاني أي أن حقه في طلب الابطال يسقط في: 1998/03/31 باعتبار أن هذه المدة هي أقل الأجلين . اما لو اكتشف الغلط في: 1992/01/01 ،ففي هذه الحالة يتعين تطبيق الحل الأول أي أن الدعوى تنقضي بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ ابرام التصرف لانها اقل الاجلين .

ج) اما الاستغلال ،فان المشرع قد نص بالنسبة اليه على مدة أقصر من المدد المقررة لرفع باقي دعاوى عيوب الرضا ،اذ نص في المادة 90/2 مدني جزائري على أن الدعوى " يجب أن ترفع خلال سنة من تاريخ ابرام العقد والا كانت غير مقبولة " ،وعلى ذلك ،فان على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لسقوطها بالميعاد المقرر في حالة ما اذا رفعها صاحب الشأن بعد ذلك .

---

(1) الدكتور علي علي سليمان / المحاضرة المشار اليها سابقا ،بند 8 ، ص 11 .

(2) الدكتور انور سلطان / المرجع السابق ،بند 241 ، ص 285 .

و اذا ما حللنا الأحكام المقررة بالمدة التي يتعين رفع دعوى الابطال خلالها بالنسبة لمختلف عيوب الرضا ،فانه يمكننا تقديم الملاحظتين التاليتين :

أولاهما : انه اذا كان المشرع الجزائرى قد اعتبر المدة المقررة لرفع دعاوى الابطال لنقص الأهلية ،و للغلط و للتدليس و للاكراه ،مدة تقادم ،فانه عدل عن ذلك بالنسبة الى عيب الاستغلال حيث اعتبر هذه المدة مدة سقوط ، وهو أمر له أهميته اذا ما لاحظنا أن مدة السقوط ،على خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة الى مدة التقادم ، لا تخضع لا للوقيف ولا للا نقطاع .

وثانيهما : ان القانون المدني الجزائرى قد ترك النص على حكم تصرفات الصبي المميز (1) أى الذى بلغ السادسة عشر سنة ولم يبلغ سن الرشد ،مع أنه نص في المادة 101/ 2 على ما يتضمن أن له الحق في طلب الا بطال ، وعلى أن هذا الحق يسقط بالتقادم الذى حدد مدته بعشر سنين من يوم زوال نقص الأهليــة .

وبصفة عامة ،فان الحق في طلب الابطال ينقضي بمضي عشر (10) سنوات من يوم زوال سبب القابلية للابطال أو بمضي خمس عشرة (15) سنة من وقت ابرام التصرف كحد أقصى بالنسبة الى العيوب الثلاثة : الغلط و التدليس و الاكراه ، وبمضي هذه المدة ، يصبح التصرف صحيحا بعد أن كان مشوبا بأحد العيوب التي تجعله قابلا للابطال ،وهو في ذلك يشبه الاجازة للتصرف القابل للابطال،

---

(1) وقد استدرك المشرع الجزائرى هذا النقص في قانون الأسرة رقم : 84- 11 الصادر بتاريخ 09 جوان 1984 في المادة 83 تنص على مايلي : " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة اذا كانت نافعة له ، وباطلة اذا كانت ضارة به ، وتتوقف على اجازة الولي أو الوصي فيما اذا كانت مترددة بين النفع و الضرر ، وفي حالة النزاع يرفع الامر الى القضاء ".

الأمر الذى يفيد ان تصرفات ناقص الأهلية اذا كانت دائرة بين النفع و الضرر تكون قابلة للابطال ،وقد سبق لنا بيان حكم تصرفاته في صفحة 249 وما يليها من هذه الرسالة

المطلب الثاني

التقادم والدفع بالبطلان

تظهر أهمية الدفع بالبطلان في حالتين : حالة البطلان المطلق وحالة البطلان النسبي (1).

أولا : التقادم والدفع بالبطلان المطلق :

اذا كانت دعوى البطلان المطلق تتقادم بمرور فترة زمنية معينة ،فهل يترتب على تقادمها سقوط الحق في الدفع بالبطلان ؟

للاجابة على هذا السؤال ،ذهب القضاء الفرنسي منذ أمد بعيد الى أن تقادم دعوى البطلان لا يؤدي الى سقوط الحق بالدفع بالبطلان (2) مستندا الى خلو القانون المدني من نص صريح يقرر ذلك (3).

ويرى الأستاذ جوديميه أن هذه القاعدة تجد مصدرها في القانون الروماني معللا رأيه بأن عدم سقوط الدفع بالبطلان في القانون الروماني كان نتيجة للطبيعة الخاصة لدعوى التدليس ، فقد كانت هذه الدعوى جسيمة وذات طابع مستوجب للعار ولم يكن يسمح بممارستها إلاّ للأشخاص الذين يفقدون أي سبيل آخر لحمايتهم ، وبذلك فان هذه الدعوى كانت ذات طابع احتياطي تمنح للمدين اذا كان ضحية تدليس ليتوقى بها دعوى الوفاء التي قد يرفعها عليه الدائن حالة عدم تنفيذه لالتزاماته (4). ويرى بعض الفقه - وهو بصدد تبريره لاعتماد هذا الحكم حديثا من طرف القضاء - أن تقرير هذه القاعدة يكمن في رغبة القضاء الفرنسي في اعفاء المدين من رفع دعوى البطلان اذ يمكنه أن يمتنع عن تنفيذ التصرف الباطل

---

(1) هذا وتجدر الاشارة الى أن الدفع بالبطلان سواء أتعلق الأمر ببطلان مطلق أو ببطلان نسبي لا يرد بصدد مدة السقوط (délai préfix) لأن هذه المدة قررها المشرع سعيا منه الى تحقيق الصالح العام واستقرار المعاملات القانونية.
يراجع غرفة تلقي العرائض ، 6مارس1939 منشور بدالوز الدوري لسنة1939 ،ص339 ، و نقض مدني 29 مارس 1950 منشور بدالوز لسنة 1950، ص 396.

(2) غرفة تلقي العرائض 01/ 12/ 1946 ،منشور بدالوز الدوري لعام1847، ج 1 ، ص 5، و بسيريه لعام 1847 ، ج 1،ص 289.
كما يراجع في هذا المعنى أيضا :محكمة استئناف باريس 02/ 01/ 1966 منشور بـ:ج ،س ،ب J C.P لعام 1966،ج 2، بند 14660 مع تعليق برينو بوكاريا Bruno Boccaria ،و نقض مدني (فرنسي)27/ 02/ 1967 منشور بالنشرة المدنية للقضاء لعام 1967 ،ج 1، ص 58.

(3) مارتي و رينو /المرجع السابق ، بند 209، ص189.

(4) الأستاذ جوديميه /النظرية العامة للالتزام ،المرجع السابق ،ص 187.

فاذا ما طالبه الدائن بالتنفيذ دافع عن نفسه باستعمال حق الدفع بالبطلان ،في حين أن الدفع بالتقادم لو كان يسقط بمضي المدة لكان المدين دائما ملزما باتخاذ اجراءات رفع دعوى يطلب فيها الحكم بالبطلان(1) ،ولأن القول بعدم السماح للمدين بالدفع بالبطلان يؤدي به الى ضرورة تنفيذ طلبات المدعي ، وهو أمر مما لا شك فيه ينطوي على تناقض واضح اذ أنه سيلزم بالوفاء بالتزام لا وجود له من الناحية القانونية.(2)

وقد وجد هذا الرأي صداه لدى التشريع والقضاء الحديثين ، فقد سكت التقنين المدني المصري عن ايراد نص يقرر سقوط الحق في تقادم الدفع بالبطلان ،لكن محكمة النقض المصرية أكدت في حكم حديث لها أن " العقد الباطل يظل معدوما ولا ينقلب مع الزمن صحيحا وانما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضي المدة الطويلة ، أما اذا أثير البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم".(3)

ولقد تأثر المشرع الجزائري بدوره بهذا الرأي ،اذ جاء التقنين المدني خلوا من نص يقرر سقوط الدفع بالبطلان بالتقادم على غرار التقنينات الأخرى .

وترتيبا على ذلك ،فلو قام شخص بالتصرف في منزله لآخر بالبيع بموجب عقد بيع باطل ، ومرت على هذا العقد - فرضا - خمس عشرة سنة دون أن يقوم البائع بتسليم العين ،فان البائع لا يستطيع رفع دعوى مبتدأة ببطلان البيع لأن دعوى البطلان قد سقطت بالتقادم ،غير أنه اذا طالبه المشتري بتسليم العين المبيعة كان من حقه أن يدفع ببطلان البيع على الرغم من انقضاء خمس عشرة سنة لأن الدفع بالبطلان دون دعواه لا يسقط بالتقادم.(4)

---

(1) مارتي ورينو / المرجع السابق ،بند 209 ، ص 189.

(2) ريبير وبولانجيه / الجزء السادس ، المرجع السابق ،بند 856، ص 291 .

(3) نقض مدني 1957/04/11 ،مجموعة أحكام النقض ، 8 ،رقم: 41 ، ص 404 ، مشار اليه في مؤلف الدكتور السنهوري / الوسيط ،ج 1 ،المرجع السابق ، ص 573 ، هامش (1).

(4) الدكتور السنهوري / الوسيط ،ج 1 ، المرجع السابق ، بند 320 ،ص 573 ، والدكتور محمد حسني عباس / نظرية العقد والارادة المنفردة ، القاهرة 1954 ، ص ص 104 - 105 .

ولكن لو فرض في المثال السابق أن البائع قد سلم المبيع الى المشترى ،فمـــا الحكـــم ؟

يجيب الفقه على ذلك بقـوله: ان الأمر لا يعد و أن يكون واحدا من فرضيـن :

الأول: أن يرفع البائع دعوى البطلان وهي دعـوى شخصية سهلة الاثبـات .

الثاني : أن يرفع دعوى الاستحقاق باعتباره مالـكا وهي دعوى عينية عسيـــرة الاثبـات . فاذا كانت مدة التقادم لم تنقض بعد ، فمن الأيـسر للبائع رفع دعـوى البطلان لأنها دعوى شخصية سهلة الاثبات ، أما اذا كانت مدة التقادم قد انقضت فلا يجـوز للبائع رفع دعوى البـطلان لسقوطها بالتقادم لأن المشترى سيتمســك فـي مواجهته بسقوط هذه الدعوى بمضي المدة ، ومن ثم لا يبقى أمامه سوى دعـوى الاستحـقاق ، لأن هذه الدعوى لا تسقط بالتقادم ويستطيع عن طريقها استرداد المبيع ما لم يكن المشترى قد تملـكه بالتقادم المكسـب (1)

ثانيـا : التقادم والدفع بالبطلان النسبي :

اذا انقضـت المدة القانونية التي حددتها المادة 101 مدني جزائرى والمادة 90/2 مدني جزائرى ، ولم يستعمل صاحب الحق حقه في طلب الابطال اعتبر متنازلا عن حقه ، واستقر التصرف وانقلب صحيحا مرتبا لكل آثاره ، ويمتنع بعد ذلك علــى صاحب الشأن أن يتمسك بالابطال بطريق الدعوى أو بطريق الدفع ، ذلك أن المشرع قد منح الدفع لصاحب الشأن سواء أكان ناقص الأهلية أم معيب الرضا واشتـرط أن يستعمله في مدة معينة ، فان لم يستعمله في تلك المدة يفترض أنه قد تنـازل عنه ، فـلا يستطيع بعد ذلك أن يتمسـك به ولو بطريق الدفع (2)

وتجدر الاشارة الى أن الدفع بالابطال في العقد القابل للابطال يختلف عن الدفع بالبطلان في العقد الباطل لأن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى اذ يتخذ من ناحية الاجـراءات صورة دعوى فرعية يقيمها المدعى عليه ويطلب فيها ابطـال العقد ، أما الدفع في الحالة الثانية فهو دفع محض من نـاحية الموضوع ومن ناحية

---

(1) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ،بند 239 ، ص ص 283 ـ 284 ،وفــي هذا المعنى أيضا الدكتور أبو ستيت / المرجع السابق ، ص 255 .

(2) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ،بند 240 ، ص ص 284 ـ 285 .

الاجـراءات ، ومن ثم ، فالدفع بالابطال يتقادم لأنه دعوى، والدعاوى يرد عليها التقادم ، أما الدفع بالبطلان فلا يتقادم لأنه دفع و الدفوع لا تتقادم (1)

المبحـــث الثانـــــي

التقـادم فـي الفقه الاسـلامـي (أوعدم سماع الدعوى)

الجدل الفقهي حول فكرة التقادم (2)

لقد تعرض فقهاء الشريعة الاسلامية في بحوثهم للتقادم ، و ان كانوا يدرسونه عادة تحت عبارة " عدم سماع الدعوى بمرور الزمان " ، أو " وضع اليد مدة طويلة (3)

و باستقراء تحليلات الفقهاء المسلمين الذين تعرضوا لهذه المسألة نلاحظ انهم قد قصروا تحليلاتهم في الغالب على تقادم الحقوق العينية ، و أنهم قد تفرقوا فـي ذلك الى فريقين :

الفريق الأول: يقول بوجوب استبعاد فكرة التقادم كلية ، وبأن وضع اليـد على الشيء اذا ما طال أمده يمكن اعتباره سببا للملكية ولكنه لا يكون مثبتا لها ، وأن ترك المطالبة بالحق لمدة طويلة لا يعتبر مسقطا لهذا الحق لأن الحق لا يزول مهما يتقادم أو يتطاول به الزمن (4) لأن كل حق في أصله أبدى ، ولا يمكـن أن يزول إلّا بتوافر سبب مشروع يستوجب هذا الزوال ، وبدونه لا يجوز لأحـد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي ، وقد وجد هؤلاء الفقهاء مستندا لهم فيما روى عن

---

(1) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، ص 576 ، هامش (1) .

(2) في تحليل معطيات الجدل الفقهي ، يراجع: الأستاذ أحمد أبـو الفتح/ المعاملات فـي الشريعة الاسلامية ، ج 1 ، الطبعة الثانية ، ص 104 وما بعدها ، والامـام محمـد أبو زهرة / الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق ، ص 160 وما بعدها ، و الدكتور وهبة الزحيلي /الفقه الاسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، الجزء 4 ، ص 69 ، و ص ص 336 - 338 ، ج 5 ، ص 502 ، و مؤلفه نظرية الضمان فـي الفقه الاسلامي ، أو أحكام المسئولية المدنية و الجنائية في الفقه الاسلامي ، ط2 ، د مشق ، و الأستاذ : الدكتور محمد عبد الجواد /الحيازة و التقادم في الفقه الاسلامي ، مشار اليـه في مؤلف الدكتور وهبة الزحيلي/ الفقه الاسلامي وأدلته ، ج 4 ، ص 69 ، الهامش (3) .

(3) أبو زهرة / المرجع السابـق ، ص 160 .

(4) أبو زهرة / المرجع و الـوضع السابقان .

رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه قال : " لا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم "(1) فاستخلصوا من ذلك قاعدة مؤداها أن الحق لمالك الشيء يثبت له ولا يزول بوضع يد الغير عليه ولو طال الزمان.(2)

وأما الفريق الثاني فيذهب أنصاره الى القول بخلاف ذلك ، ويعللون رأيهم بأن القضاء اذا كان مختصا ـ بحسب الأصل ـ بنظر كل الخصومات التي تعرض عليه، فان ذلك لا يحول دون حق وليّ الأمر في تقييد سلطات القاضي بمنعه من نظر منازعات معينة لأسباب متعلقة بالمكان أو بالزمان أو بنوع الخصومة . واذن ، فاذا ما تعلق الأمر بمنازعة تدخل في عداد المنازعات التي يمنع القاضي من نظرها فلا يكون أمامه سوى عدم سماعها ، وقد أورد أنصار هذا الاتجاه حجتين :

أولاهما : ان التقادم يجد سندا له في السنة النبوية ، ومن ذلك ما رواه سعيد بن المسيب عن زيد بن أسلم من أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " من حاز شيئا على خصمه عشر سنين ، فهو أحق به منه "(3) وهذا الحديث أخذ به الامام مالك ، خلافا لمعظم أصحابه ، فمنده أن حق الملكية يسقط بالحيازة ، وأن الثمار قابلة للتملك بالحيازة أيضا.(4)

ثانيهما : ان التقادم لا يعني سقوط الحق عن صاحبه ولكنه يعتبر مانعا للقاضي من سماع الدعوى بحق قديم أهمل صاحبه الادعاء به والمطالبة به زمنا طويلا دون أن يمنعه عن اقامة الدعوى أي عذر شرعي ، ككونه مريضا أو مصابا بجنون أو قاصرا أو غائبا أو خائفا من جبروت واضع اليد وبطشه ،(5) لأن مرور الزمن يؤدي الى الشك في أصل الحق ذاته ، ويصعب على المطالب به اثباته ، فضلا عن أنه يمس الأوضاع المستقرة .

واذن ، فيخلص لنا أن أقصى ما أعطته الشريعة الاسلامية من قوة للتماطل في المطالبة بالحق أنها جعلته سببا في منع سماع الدعوى ، مع الأخذ بعين الاعتبار بأن عدم سماع الدعوى مقيد بانكار الحائز للشيء المطالب به ، أما اذا أقر الحائز

---

(1) أورده الشيخ أحمد أبو الفتح في مؤلفه / المعاملات في الشريعة الاسلامية ، ص 104 .
(2) أبو الفتح / المرجع والموضع السابقان .
(3) أورده الدكتور وهبة الزحيلي في مؤلفه الفقه الاسلامي وأدلته ، الجزء الخامس ، ص 502 .
(4) الدكتور وهبة الزحيلي / المرجع والموضع السابقان .
(5) الشيخ أبو الفتح / المرجع السابق ، ص 106 .

للشيء بملكية من يطالب به فان الحق يبقى ثابتا لصاحبه ، وتسمع الدعوى المرفوعة به .

واذا ما قارنا بين الاتجاهين السالفي الذكر قد يظهر لأول وهلة أنهما متعارضان ولكنهما في الواقع لا يوجد أي تناقض بينهما وأن كلا منهما له ما يبرره ، ذلك أن الرأي الأول يكون واجب التطبيق في حالة ما اذا كنا نعيش في زمن يسود مجتمعه مبدأ الاخلاص ، والثقة في المعاملات ، بينما الرأي الثاني دعت الحاجة اليه بعد أن فشا الاستيلاء على حقوق الناس بالباطل ، وكثرت شهادات الزور ، فأصبح تدخل ولي الأمر أمرا ضروريا اعمالا لنظرية المصالح المرسلة التي تعطي الحاكم الحق في اتخاذ التدابير القضائية المناسبة لاقرار الحقوق وابعاد القضاء عن الخوض في خضم المشكلات المعقدة لاثبات حقوق قديمة العهد ، يترتب عليها المساس بالأوضاع القانونية المستقرة ، لذلك تبنى هذا الاتجاه فكرة التقادم المعتمدة في ظل الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة .

مدة تقادم سماع الدعوى :

اختلف الفقهاء في تحديد مدة تقادم سماع الدعوى ، فحددها بعضهم بست وثلاثين سنة ، وحددها البعض الآخر بثلاثين سنة ، وأكثرهم توسط فجعلها ثلاثا وثلاثين سنة،(1) غير أن حكام السلطنة العثمانية أيام أوج عزها ، استطالوا هذه المدة ورأوا بما لهم من حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة أن يمنعوا سماع الدعوى اذا مضت مدة خمس عشرة سنة (2) واستثنى أكثر سلاطينهم من هذه المدة الوقف والميراث ، وبعضهم استثنى مال اليتيم أيضاً ، فجعلوا المدة المانعة من سماع الدعوى محددة بخمس عشرة سنة في كل الأقضية ما عدا الوقف والميراث.(3)

---

(1) أبو زهرة / المرجع السابق ، ص 161 .

(2) أصدر سليم الثالث (1761 - 1808) سلطان الدولة العثمانية ، (ابن أخ عبد الحميد) أمرا بمنع سماع الدعوى بمضي خمس عشرة سنة هجرية من تاريخ ابرام التصرف في جميع الأقضية ماعدا الوقف والميراث فأبقى ما قرره الفقهاء من أن الدعوى لا تسمع الا بعد ثلاث وثلاثين سنة .

(3) وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الحكم بالنسبة للحقوق الميراثية فنص في المادة 829 مدني على أنه "لا تكتسب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراثية الا اذا دامت الحيازة ثلاثا وثلاثين سنة" . كما أن المشرع المصري نص في المادة 970 مدني المعدلة بقانون رقم 39 لسنة 1959 على ما يأتي " في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم الا اذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة" .

هذا ، ومبدأ تقادم الحقوق قد كتب له الغلبة في الوقت الحاضر لأنه يتماشى وفكرة المصالح المرسلة ، ويعتبر وسيلة فعالة لاستقرار الأوضاع القانونية ، ولذلك لا غرابة في أن نجد الفقهاء تبنوا هذا المبدأ ، وأعطوه عناية فائقة ومن بينهم واضع مرشد الحيران ، الذي تناول أحكامه في ست مواد من 256 الى 261 ونحن نقتصر على ايراد المادة 256 التي جسمت المبدأ العام في التقادم ،فجاء نصها على النحو الآتي : " دعوى الدين أيا كان سببه ، لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة ، فان تركها المدعي بعذر بأن كان غائبا مسافة القصر(1) أوكان صبيا ، أومجنونا وليس له ولي أو وصي فانها تسمع ما لم تمض هذه المدة بعد حضور الغائب من سفره ، أوبلوغ القاصر رشيدا ، أو أفاقه المجنون من جنونه " . وقد كان لهذا الصدى تأثير لدى مشرعي بعض الدول الاسلامية ومن بينهم المشرع العراقي الذي تبنى هذا الحكم فنص في المادة429 مدني على مرور الزمان المانع من سماع الدعوى سواء أكان موضوعها حقا عينيا أم شخصيا بقوله : " الدعوى بالتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت به أحكام خاصة " .

ومؤدى هذا النص أن المشرع العراقي أخذ بالمبدأ العام الذي يقضي بمنع سماع الدعوى على المنكر لحق شخصي اذا تركت الدعوى بدون عذر شرعي مدة خمس عشرة سنة .(2)

مدى اعمال فكرة التقادم في اطار التصرفات غير الصحيحة :

اذا ما رجعنا الى ما قرره فقهاء الشريعة الاسلامية في اطار التصرفات غير الصحيحة، سواء أقصرناها على التصرفات الباطلة أم أخذنا الى جانبها بالتصرفات الفاسدة طبقا لتقسيم فقهاء المذهب الحنفي ،فاننا نلاحظ أن الحكم عندهم هو عدم تقادم هذه التصرفات أي أن التمسك بعدم صحتها لا ينقضي بمرور الزمن ،ذلك أن التصرف الباطل يبقى باطلا في كل الحالات لأن الباطل معدوم ومن ثَمّ لا يمكن أن ينقلب صحيحا بمرور الزمن مهما طالت مدته ،أما التصرف الفاسد فانه وإن كان بدوره لا يمكن أن يكون محلا للتقادم ،فانه يبقى قابلا للفسخ شرعا أيا كانت المدة التي انقضت منذ

---

(1) مسافة القصر كانت محددة بسفر مدة ثلاثة أيام ، وحددها المحدثون بحوالي 90 كلم .

(2) الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني العراقي / الجزء الأول في مصادر الالتزام ،طبعة ثانية 1969 ، ص 279.

تاريخ ابرامه [1] فيجوز لكل من الطرفين أن يتمسك بفسخه كما يجب على القاضي أن يعمل على فسخه بمجرد العلم به ولو لم يتقدم أحد أمامه بهذا الطلب [2]

ومن خلال تحليلنا لأحكام التقادم لدى فقهاء الشريعة الاسلامية يتضح لنا أن الفقهاء المسلمين قد لعبوا دورا هاما في هذا المجال . فقد أوضحوا أساس التقادم ،وبينوا نطاق اعماله ، ومدده ، وآثاره . كما أن تحليلنا لأحكام التقادم في الفقه الاسلامي كشف لنا عن أن الأصل العام يقضي بعدم سريان التقادم بشأن التصرفات غير الصحيحة ، لكن سلاطين الدولة العثمانية - أخذا بنظرية المصالح المرسلة - ارتأوا الخروج عن هذا المبدأ نظرا لتغير أحوال الأمصار الاسلامية خاصة بعد أن فشت فيها شهادات الزور ،وكثر الجشعون بها ،فقرروا تقييد رفع الدعوى بمدة معينة ،فاذا لم يتحرك صاحب المصلحة خلالها كانت دعواه عرضة لعدم سماعها .

وقد كان لهذا المنحى أثره على تشريعات الدول العربية الحديثة التي خرجت على الأصل العام ، وأخذت بمبدأ تقادم دعوى البطلان متى رفعت بصفة مبتدأة ، فقصرت مدة التقادم الى خمس عشرة سنة مخالفة بذلك ما هو مقرر في القانون الفرنسي الذي يحدد هذه المدة بثلاثين سنة . كما أنه لا يعزب عنا أن التشريعات العربية قد نصت على أن التقادم في الحقوق الميراثية لا يتم الا بانقضاء ثلاث وثلاثين سنة ، وهي بهذا الاتجاه تكون قد أخذت بتوقيت اجتهاد الفقهاء المسلمين بالنسبة الى الحقوق الميراثية ، وبتوقيت ما لولي الأمر من سلطة تخصيص القضاء في ظل السلطنة العثمانية بالنسبة لمطلق الأقضية الأخرى .

---

(1) الأستاذ : وهبة الزحيلي / الفقه الاسلامي وأدلته ،ج 5 ،المرجع السابق، ص 284.

(2) الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء / المدخل الفقهي العام، ج 2 ، طبعة سابعة ، ص 736.

خـــاتمـة الرســالــة

****

عرضت في هذه الرسالة لموضوع نظرية بطلان التصرف القانوني في فقه القانون الوضعي وفي الفقه الاسلامي ، وذلك في مقدمة وباب تمهيدي ، وفي قسمين ، أوضحت في المقدمة التطور التاريخي لنظرية البطلان وخصصت الباب التمهيدي لمحاولة وضع نظرية عامة تحكم التصرف القانوني بوصفه موضوعا للبطلان ، وحللت في القسم الأول الجدل الفقهي الذى ظهر بصدد نظرية بطلان التصرف القانوني في ظل فقه القانون الوضعي ولدى فقهاء الشريعة الاسلامية ، ثم حاولت تبيان موقف المشرع الجزائري من هذا الجدل الفقهي الصاخب . وتناولت في ثانيهما بالتحليل علاقته بالأنظمة المقاربة له ، وطبيعة الأحكام القضائية الصادرة بصدد البطلان ، وتعرضت للآثار التي تترتب على بطلان التصرف القانوني ، وللأحكام التي تتعلق بهذا البطلان .

ومن خلال هذه الدراسة التي نالت مني الكثير من الجهد ، توصلت الى النتائج التالية :

<u>أولا</u> : بدا لي أنه لا مانع من وضع نظرية عامة تحكم التصرف القانوني . نعم اننا لا ننكر ان فقهاء القانون الوضعي - وخاصة الغربيين منهم - لم يعطوا لهذه المحاولة كل الأهمية التي تستحقها ، نظرا للتباين الذى طرأ على دراساتهم ، اذ أن البعض منهم قصر أهميته على العقد وحده وقلما اعترف للارادة المنفردة بقدرتها على أن تقوم كمصدر مستقل الى جانب العقد ، في حين ان البعض الآخر منهم حاول أن يؤسس كل التصرفات الارادية على الارادة وحدها ، الى حد أنه اعتبر العقد نوعا من تجانس الارادات المنفردة لأطرافه دون أن يؤدى هذا التجانس الى تمازجهما .

واذا كان هذا الجدل الفقهي يعتبر من مميزات الفقه الغربي ، فان هذا الجدل يعتبر من بين سمات الفقه الاسلامي أيضا ، فالفقهاء المسلمون - كما اتضح لنا - قد تشيعوا فرقا بهذا الصدد ، فذهب فريق منهم الى التوسيع من ماهية التصرف القانوني بحيث جعلوه شاملا لكل من التصرفات القولية (أى التصرفات القانونية بالمعنى المتعارف عليه في ظل فقه القانون الوضعي) والتصرفات الفعلية (أى الوقائع المادية) ، وذهب جانب آخر الى قصر التصرف

القانوني على التصرفات القولية وحدها وجعلها شاملة لكل من العقد باعتباره حصيلة تطابق ارادتين ، والارادة المنفردة . ولذلك أثر عنهم " ان كل عقد تصرف ولا عكس" .

على أن هذا الجدل الفقهي لا يمنعنا من القول بان فكرة التصرف القانوني قد أصبحت واضحة المعالم حاليا ، خاصة بعد أن اتسع نطاق تدخل الارادة المنفردة واصبحت الوسيلة الوحيدة الكفيلة بتفسير الكثير من الحالات القانونية وان كان هذا التدخل محدود النطاق كما ونوعا اذا ما قورن بمجال تدخل العقد .

ثانيا : ان اتساع تدخل الارادة المنفردة قد ترتب عليه اتساع في نطاق تدخل نظرية البطلان بحيث انها لم تعد تقتصر على العقد بل تجاوزته الى نطاق الالتزام بالارادة المنفردة ، وان كانت الأسباب المؤدية الى بطلان الالتزام بالارادة المنفردة تختلف أحيانا عن الأسباب المعتمدة عادة في اطار العقد ، كما هو الامر بالنسبة الى ركن التراضي فمثل هذا الركن لا يمكن تصوره في اطار الالتزام بالارادة المنفردة لان المفروض ان هذه الارادة ترتب آثارها المقصودة منها دون حاجة الى اقترانها بارادة أخرى .

ثالثا : ان موضوع بطلان التصرف القانوني قد لقي عناية قصوى من الفقهاء الفرنسيين الذين تفننوا في صياغة الكثير من النظريات في هذا الصدد ، وقد ترتب على اجتهاداتهم ظهور نظرية تقليدية تنادى بجعل درجات البطلان أنواعا ثلاثة : انعدام ، فبطلان مطلق ، فبطلان نسبي .

غير أنه نظرا للانتقادات البناءة التي وجهت اليها جعلت أنصارها يسترشدون بها ، وكان ذلك مدعاة لتطويرها ، وذلك باحلال لها تقسيما ثنائيا للبطلان محل التقسيم الثلاثي الذى كانت تقول به ، قوامه اعتبار البطلان اما مطلقا واما نسبيا ، وشعارها أنها تبنت معيارا عدديا بمقتضاه يتم تصنيف حالات البطلان وتوزيعها بين كلا النوعين .

والى جانب هذه النظرية ظهرت نظريات أخرى اصطلح على وصفها بالنظريات الحديثة ، تفرق القائلون بها شعبا أربعا ، فمن قائل بتعدد درجات البطلان ، الى مناد بوحدة البطلان ، والى مطالب باعتماد فكرة البطلان من نوع خاص ،

والى معتمد لتقسيم ثنائي للبطلان مع احلال ضابط المصلحة محل المعيار المددى الذى كانت تقول به النظرية التقليدية .

نعم ،ان هذا الجدل الفقهي قد سيطر على الفقهاء الفرنسيين ونال اهتمامهم ،بحيث وضعوا له دراسات متخصصة ، وبسطوه في ظل المؤلفات العامة التي ضمنوها النظرية العامة للالتزام . غير أن هذه العناية قل ما وجد لها مثل هذا الصدى لدى الفقهاء العرب اذا ما استثنينا بعض الدراسات المتخصصة التي يمكن عدها على اطراف الاصابع ،فاننا نلاحظ ان نظرية بطلان التصرف القانوني لم تلق العناية الكافية الى الآن وحتى في ظل المؤلفات العامة المتعلقة بنظرية الالتزام .

واذا كان الفقه العربي المعاصر يفتقر الى دراسة متخصصة لنظرية بطلان التصرف القانوني ، فان الفقهاء المسلمين القدامى قد عرضوا لهذه النظرية ، وقرروا أن التصرفات نوعان : اما صحيحة واما غير صحيحة ، وحددوا التصرفات الصحيحة بالتصرفات النافذة اللازمة وبالتصرفات النافذة غير اللازمة ، وجعلوا هذه الأخيرة شاملة لما اصطلح على تسميته بالتصرفات الموقوفة ، والتصرفات التي اقترن بها أحد الخيارات يتمثل اهمها في خيار العيب ، وخيار الرؤية ، وخيار الشرط .

والى جانب التصرفات الصحيحة ، وضع الفقهاء المسلمون طائفة التصرفات غير الصحيحة ، وهي تصرفات تتنوع لدى فقهاء الحنفية الى تصرفات باطلة وهي التي تكون غير مشروعة بأصلها وبوصفها ، والى تصرفات فاسدة وهي التي تكون غير مشروعة بوصفها دون أصلها ، وتنحصر لدى بقية فقهاء المذاهب الاسلامية في طائفة واحدة من التصرفات هي التصرفات الباطلة وحدها .

هذا ،ونحن بصدد التقسيمات التي وردت على البطلان فاننا نشير الى أن الفقهاء المسلمين بابتكارهم فكرة التصرفات الموقوفة قد وصلوا الى درجة من الصياغة الفنية لم يتوصل اليها الفكر فقه القانون الوضعي حتى الآن ،ذلك ان المقرر هو ان التصرف الموقوف غير قادر على انتاج أى أثر قانوني الى حين صدور اقراره ممن يملكه شرعا ، وهو حكم - كما هو واضح - تضمن مبدأ استقرار الأوضاع القانونية ، وذلك على خلاف فكرة التصرف القابل للابطال المعتمدة في

ظل فقه القانون الوضعي والتي بمقتضاها يعتبر التصرف قادرا على ترتيب آثاره القانونية كما لوكان صحيحا ، غير أن هذه الآثار تبقى مضطربة لأن التصرف الذى أدى الى ترتيبها يبقى مهددا بالزوال طالما أنه لم يستقر بالاجازة أو بطلب الابطال وليس يخفي أن هذا الوضع المضطرب للتصرفات القابلة للابطال ينطوى على تهديد لمبدأ استقرار الأوضاع القانونية .

رابعا : ان تحليل الأحكام التي وردت في القانون الجزائرى بشأن بطلان التصرفات القانونية يكشف عن أن مشرعنا قد أخذ بمعطيات النظرية التقليدية أصلا وذلك باعتماده التقسيم الثنائي القائم على جعل البطلان اما مطلقا واما نسبيا ، متبنيا في ذلك معيارا عدديا ، وهو معيارارتأينا وجوب تكملته بمعيار المصلحة نظرا لقصور المعيار العددى وعدم قدرته على مواجهة كل حالات البطلان .

واذا ما حللنا المعيار العددى الذى أخذ به المشرع الجزائرى فاننا نلاحظ أن البطلان يكون مطلقا اذا ما تخلف في التصرف أحد أركانه المتمثلة في التراضي اذا ما تعلق الأمر بعقد ، والرضا في اطار التصرفات الصادرة بالارادة المنفردة ، والمحل ، والسبب ، والشكل بالنسبة الى التصرفات الشكلية . ويكون البطلان نسبيا اذا خلا التصرف من شرطي صحته المتمثلين في كمال الأهلية وخلو ارادة المتصرف من عيوب الرضا المحددة في الغلط والتدليس والاكراه والغبن الاستغلالي ، وان كانت الحاجة تدعو الى ملاءمة ذلك مع المعطيات الخاصة بالتصرف بالارادة المنفردة كما هي الحال بالنسبة الى الاكراه اذ لا يمكن تصور صدوره الا من الغير على عكس ما يحدث عملا في مجال العقد .

والى جانب موقف مشرعنا في تبنيه للتقسيم الثنائي للبطلان الذى قال به دعاة النظرية التقليدية في معطياتها المتطورة ، اتضح لنا أن المشرع الجزائرى قد تبنى صورتين تطبيقيتين لفكرة البطلان من نوع خاص تتمثلان في بيع ملك الغير ، وبطلان الشركة .

خامسا : وتماشيا مع ما ارتأيناه من ضرورة الانطلاق من تقسيم ثنائي للبطلان فقد خلصنا من هذه الدراسة الى النتائج الثلاث التالية :

فاما النتيجة الأولى فمؤداها ان البطلان يكون مطلقا في حالة عدم استجماع

التصرف لكل اركانه أو بعضها . وتندرج ضمن البطلان المطلق الحالات الاتية :

1) اجراء التصرف من شخص لا أهلية له ، لصغر في السن ، أو لا صابتـه بعارض جنون أو عته .

2) فقدان التصرف لركن التراضي ان تعلق الأمر بعقد ، ولركن الرضـا بالنسبة الى التصرف بالارادة المنفردة ، أو للمحل ، أو للسبب ، أو لشروطهما .

وقد اتضح أثناء تحليلنا للعقد أن هناك فرقا بين محل العقد ومحـل الالتزام ، وان مشرعنا في نصوص القانون المدني قد عنى محل الالتزام كمـا اتضح لنا في مجال السبب أن له معنيين ، فقد يراد به المعنى التقليدي ، أى السبب المباشر ، وقد يراد به المعنى الحديث أى الباعث الدافع الى اجراء التصرف.

3) اغفال الشكل بالنسبة الى التصرفات الشكلية .

4) الى جانب اعتماد البطلان كجزاء يتعين تطبيقه بالنسبة الى كل الحالات التي أورد المشرع بشأنها نصا خاصا سواء في القانون المدني أوفى أى فرع من فروع القانون .

وأما النتيجة الثانية فمضمونها أن البطلان يعتبر نسبيا اذا ما كـان التصرف قد تم اجراؤه ، من طرف شخص ناقص الأهلية ، أو من شخص شاب ارادته أحد عيوب الارادة المتمثلة في الغلط والتدليس والاكراه والغبن الاستغلالي ، أو أورد المشرع نصـا خاصا لحـالات معينة وذلك كحق المشتري في طلـب الابطال اذا ما وجد نفسه أمام بائع ملك الغير .

في حين ان النتيجة الثالثة تكـمن في وجوب استبعاد نظرية الانعدام ، لانها نظرية غير دقيقة ، وغير مفيدة ، ولأن المعيار الذى كانت تقول به النظرية التقليديـة للتمييز بين الانعدام والبطلان المطلق لا يستند الى أى أساس سليم ، مما جعلها خالية من كل مضمون قانوني فضلا عن أنها تتنافى مع المنطق ، وتتجافى مـع مقتضيات العمل .

<u>سادسـا</u> : وبالنسبة الى نظرية وحدة البطلان أوضحنا مضمونها ، وناقشنـا الانتقادات الموجهة من صاحبها الى ثنائية البطلان ، واثبتنا أن التفرقة بيـن تخلف ركـن وتخلف شرط فيه ليس أمرا متعذرا ، كما أوضحنا عدم وجود أي تناقض

في ازدواجية البطلان ، وبينا أن الاعتماد على رأى بيدان في الفقه الفرنسي هو اعتماد غير صائب لأنه رأى شاذ ، وأن عدم اتفاق الفقه على معيار حاسم للتفرقة بين نوعي البطلان لا يعني عدم صحة التفرقة بينهما خاصة وأننا قدمنا معيارا في الموضوع ، وأثبتنا أن مسألة الوجود القانوني المؤقت للبطلان النسبي ورجعيته لا تنطوي على أي تناقض ،كما بينا أن القول بان اتحاد أثر نوعي البطلان يفضي الى وحدة طبيعتهما هو أمر غير مستقيم ، لأن وحدة الأثر لا تفضي بالضرورة الى وحدة الطبيعة .

وأوضحنا ان نظرية وحدة البطلان نظرية قوامها الاعتداد باستقلال التصرف القانوني داخل البناء القانوني المركب ، ونبذ فكرة العقد باعتباره كائنا جديدا يتولد عن تطابق الايجاب والقبول ،كما أوضحنا ان صاحبها يذهب الى أن موضوع البطلان يتحدد بالارادة المنفردة وحدها ، وأن البطلان هو الجزاء المترتب على تخلف أحد ركنيها : المحل أو السبب أو بالأحرى على تخلف السبب لشموله المحل . وقد أشرنا الى أن هذه النظرية تهدر كل الشروط المتطلبة في المحل والسبب فقها وتشريعا وتمتد بشرط المشروعية فيهما فقط ، والشكل بالنسبة الى التصرفات الشكلية ، فتجعلهما سببا للبطلان . بالاضافة الى أن صاحب هذه النظرية ينبذ فكرة البطلان النسبي وينادي بوحدة البطلان على الرغم من اعترافه بتنوع صوره الى بطلان يترتب على تخلف شروط صحة الرضا ، وآخر ينجم عن تخلف شرط المشروعية ويلحق به الشكل .

وتولينا مناقشة هذه النظرية ، وأكدنا ضرورة الابقاء على العقد باعتباره موضوعا للبطلان وبوصفه كائنا جديدا تذوب فيه الارادة المكونة له ، الى جانب الالتزام بالارادة المنفردة .

وطالما أن العقد يكون موضوعا للبطلان ،فان الحاجة تبقى ماسة الى الابقاء على محله وسببه وعدم جواز ادماجهما ، وذلك لما قد يحدث من بطلان أحدهما رغم بقاء الآخر صحيحا . كما أشرنا الى أن نظرية وحدة البطلان حين نبذت فكرة البطلان النسبي تكون قد أخذت بفكرة قال بها بعض المفكرين ، وانتهينا من ذلك الى أن نظرية وحدة البطلان نظرية أساسها البحث النظرى المجرد البعيد عن المجال العملي .

وتأكيداً منا لعدم جدواها ، تناولنا بالتحليل آراء بعض الفقهاء العرب كالأستاذ السنهوري ، والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ، وغيرهما ، وأشرنا الى أنه بالرغم من اشارة بعضهم الى هذه النظرية كارهاصة فكرية فانهم لم يتبنوها ، وبذلك استقرت غالبية الفقه على تبني التقسيم الثنائي ، بل ان الأمر لم يقف عند حد الفقه ، وانما سايره المشرعون العرب في ذلك ، كالمشرع المصري والسوري والليبي والمغربي واللبناني والمشرع الجزائري الذين تبنوا باجماع التقسيم الثنائي للبطلان ، ولا غرابة في ذلك طالما أنه تقسيم عملي .

سابعاً : لقد توصلنا من خلال البحث الى أن البطلان في ظل القانون الوضعي يتميز عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى :

1 - فهو ذو أثر رجعي : وفي ذلك يتفق مع الفسخ بالنسبة الى العقود الفورية ومع الشرط الفاسخ ، ويختلف عن عدم النفاذ وعن الانهاء بالارادة المنفردة وعن التقايل بحسب الأصل وعن الفسخ بالنسبة الى العقود الزمنية وعن الأجل الفاسخ اذ ينصرف أثرهما الى المستقبل .

2 - اذا كان البطلان النسبي يقبل الاجازة - على عكس البطلان المطلق - شأنه في ذلك شأن عدم النفاذ ، فانه يختلف عنه في أن الاجازة في البطلان النسبي تصدر عن أحد طرفي التصرف بينما في عدم النفاذ تصدر من الغير .

3 - ان البطلان باعتباره وصفاً يلحق تصرفاً اختل أحد أركانه أو أحد شرطي صحة الرضا لا يرد الا على تصرف غير صحيح ، وهو في ذلك يختلف عن كل من الانحلال والتقايل والفسخ التي ترد على تصرف صحيح فقط ، وعن عدم النفاذ الذي يرد على تصرف صحيح أو على تصرف قابل للابطال . كما يختلف عن كل من الأجل الفاسخ والشرط الفاسخ فيما يتعلق بطبيعتهما كوصفين للالتزام .

4 - ان البطلان النسبي يتقرر لصالح طرفي التصرف ، وهو في ذلك يتفق مع الفسخ والانهاء والتقايل . أما البطلان المطلق فيتقرر لكل ذي مصلحة ومن بينهم الغير ، وهو في ذلك يتشابه مع عدم النفاذ المقرر لصالح الغير .

ثامناً : لقد أوضحنا أن هناك آثاراً أصلية تترتب على بطلان التصرف سواء كان مطلقاً أو نسبياً ، ورأينا أيضاً أن الأثر الجوهري الذي يترتب على البطلان

في ظل القانون الوضعي يكمن في اعادة الطرفين الى الوضع الذى كانا عليه قبل اجراء التصرف ، أى اضفاء أثر رجعي على البطلان . وترتيب الأثر الرجعي على البطلان يؤدى الى نتيجتين جوهريتين ،أولاهما :ان كل طرف في التصرف يصبح ملزما بان يعيد ما تلقاه الى الآخر . وثانيهما أن المسئولية قد تترتب في ذمة أحد اطراف التصرف من جراء هذا البطلان ، وفي هذا الفرض يستلزم المنطق اعمال قواعد المسئولية التقصيرية بشأنها.

على أنه اذا كان المبدأ العام يقضي بترتيب أثر رجعي على البطلان فيما بين طرفي التصرف فان المعتمد في ظل القانون الوضعي أن هذا المبدأ يرد عليه قيدان ، يتعلق أولهما بناقص الأهلية وثانيهما بالحالة التي يكون فيها الالتزام مخالفا للآداب.

ففيما يتعلق بالقيد الأول الخاص بناقص الأهلية فان مضمونه أن ناقص الأهلية لا يلزم بالرد الا بما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ التصرف . والحكمة من ذلك تتجلى في حماية ناقص الأهلية اذ أن القول بخلاف ذلك يؤدى الى تعجيز القاصر عن التمسك بحقه في طلب الابطال ، وفي هذا اهدار لمصلحته، الى جانب منع الغير من التعامل مع القصر بقصد الاضرار بمصالحهم.

وفيما يتعلق بالقيد الثاني الذى تنطوى تحته حالة مخالفة الالتزام للآداب ، فقد أوضحنا أن اعمال هذا القيد ليس الا تطبيقا للقاعدة الرومانية الشهيرة التي تقرر أنه " لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه " NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS " ومضمونها أنه لو قام أحد طرفي التصرف برفع دعوى بطلان متعلقة بهذا التصرف، وطالب باسترداد ما دفعه الى الطرف الآخر تنفيذا لهذا التصرف، فانه يمنع من حق طلب الاسترداد اذا تبين أنه كان طرفا ملوثا وقد أشرنا بهذا الصدد الى أن القانون المدني الجزائرى جاء خلوا من نص يقرر الأخذ بهذه النظرية أو استبعادها ، ونحن نرى أنه لا مجال لاعمالها بالجزائر ، لأن الأخذ بهذه النظرية يؤدى الى تمكين الطرف الذى لم يقم التلوث في جانبه من الاثراء بغير سبب على حساب الطرف الآخر (أى الطرف الملوث) .

واذا كان القانون الوضعي قد تولى بيان الأثر الأصلي المترتب على بطلان التصرف وحدود اعمال هذا الأثر ، فان الدراسات التي أجراها

الفقهاء المسلمون كانت غنية أيضا في هذا المضمار. فالمعتمد لدى الفقهاء المسلمين هو أن التصرف الباطل لا يرتب أى أثره ، وأن بطلان التصرف يترتب عليه التزام كل طرف من أطرافه برد ما تلقاه من الآخر ، فضلا عن أنهم قرروا استحالة اجازة التصرفات الباطلة .

واذا كان الفقهاء المسلمون قد عرضوا للآثار الأصلية المترتبة على العقد الباطل فان فن الصياغة القانونية قد أدى بفقهاء الحنفية الى توضيح أحكام العقد الفاسد الذى يعتبرونه ضربا من العقود غير الصحيحة الى جانب البطلان ، فحللوا بالتفصيل هذه الآثار ، وترتب على اجتهاداتهم التمييز بين العقد الفاسد قبل القبض وبعده ، فان لم يتم القبض فسخ العقد لأن الملك لم ينتقل بعد ، أما اذا تم القبض وكان صحيحا فانه يفيد الملك ، لكن الملكية التي تؤول الى المشترى لا تعتبر طيبة . ولذلك فان فسخ العقد الفاسد يبقى أمرا ضروريا ، اللهم الا اذا حال دون ذلك مانع من موانع الفسخ كخروج المحل من ملكية القابض ، أو تغيير المحل في يد قابضه .

تاسعا : واذا كان البطلان يرتب أثرا أصليا جوهريا - كما رأينا - يتمثل في عدم قدرة التصرف الباطل على انتاج الآثار القانونية والشرعية التي يرتبها في حالة صحته ، فان ذلك لا يمنع هذا التصرف من ترتيب آثار عرضية ، وان كان ترتيبه لهذه الآثار يتقرر بصفته مجرد واقعة مادية . وقد حددنا هذه الآثار في ظل القانون الوضعي بامكان مساءلة من كان سببا في البطلان على أساس المسئولية التقصيرية مع استبعادنا لنظرية اهرنج المعروفة تحت اصطلاح" الخطأ عند تكوين العقد " .

والى جانب هذا الأثر العرضي الهام ، فقد حللنا أحكام كل من الزواج الظني ، ونظرية البطلان الجزئي باعتبارهما صورتين استقرتا في الحياة العملية ، ولقيتا عناية بتنظيم تشريعي محكم ، نظرا لما يترتب على اعمال الأثر الأصلي للبطلان من نتائج خطيرة بالنسبة الى الأسرة عامة والأولاد والزوج حسن النية خاصة ، ولما يؤدى اليه تقرير هذا الأثر من القضاء على الكثير من التصرفات التي يمكن حمايتها اذا كان البطلان الذى لحقها يشمل أحد عناصرها فقط بحيث يمكن ازالة الجزء الباطل منها دون أن يؤثر ذلك على بقية الأجزاء الأخرى الصحيحة المكونة للتصرف . وقد أوضحنا أن المشرع الجزائرى لا يمانع في

الأخذ بالأثر العرضي الأول اعمالا للقواعد العامة في المسؤولية كما أنه تبنى صورتين لنظرية البطلان الجزئي تتمثلان في انتقاص العقد وتحوله .

واذا كانت الآثار العرضية للبطلان قد عنيت باهتمام فقهاء القانون الوضعي ، فانها لقيت اهتماما خاصا من لدن الفقهاء المسلمين الذين أشبعوها بحثا وتحليلا . فقد تبين لنا أن الآثار العرضية التي رتبها الفقهاء المسلمون على التصرف القانوني باعتباره واقعة مادية تتمثل في انتقال الضمان الى المشترى ، فالمقرر لدى المالكية وأغلب فقهاء المذهب الحنفي أن قبض المشترى للشيء المبيع بعقد باطل يعتبر قبض ضمان لانتفاعه الخاص به وليس قبض أمانة ، ومن ثم فان الهلاك الذى قد يلحق الشيء المبيع يقع على عاتق المشترى وليس على عاتق البائع .

والى جانب هذه الصورة ، فان حماية الأسرة جعلت الفقهاء المسلمين يرتبون آثارا عرضية على عقد الزواج الباطل نذكر منها : درء الحد عن الزوجين ، وثبوت نسب الأولاد من الأب ، واستحقاق الزوجة لمهر المثل ، وحرمة المصاهرة . كما أن الرغبة في حماية التصرفات القانونية وتأكيد مبدأ استقرارها جعلت الفقهاء يتعرضون لنظرية انتقاص العقد وان لم يدرسوها تحت هذا الاصطلاح .

عاشرا : ان حماية الغير تعتبر أهم قيد يرد على فكرة الأثر الرجعي للبطلان ، وتعتبر قاسما مشتركا بين اهتمامات فقهاء القانون الوضعي والحلول الشرعية للفقهاء المسلمين . فالمقرر في ظل القوانين الوضعية أن الغير اذا تلقى من أحد طرفي التصرف الباطل حقا على الشيء موضوع التصرف فان حمايته تصير واجبة ، وقد استقر العمل على تحقيقها اقرارا لحماية الوضع الظاهر الذى اطمأن اليه الغير حسن النية . كما أن الفقهاء المسلمين سبق لهم أن راعوا حماية الغير ، ففقهاء الحنفية قرروا - وهم بصدد بيانهم لآثار التصرف الفاسد - أن المشترى بعقد فاسد اذا قبض المبيع ثم تصرف فيه بعد ذلك للغير ، أيا كانت طريقة اجراء التصرف الثاني لهذا الغير ، فان التصرف الصادر له يعتبر مانعا للفسخ ، ويحول دون مطالبة البائع له بالاسترداد . على أن فقهاء الحنفية - مراعاة منهم لعنصر الخلل الذى يلحق التصرف الفاسد - أوردوا قيدا على المبدأ العام مضمونه أن الغير المتصرف اليه يجب ان يكون قد تلقى الشيء بمقتضى عقد صحيح ، فضلا عن أنهم أعطوا البائع حق استرداد الشيء المتصرف فيه من الغير مقابل ادائه قيمة الشيء أو ثمنه لهذا الغير .

حادي عشر : واذا كان البطلان قد يرتب آثارا أصلية وآثارا عرضية ،فاننا تساءلنا عن طبيعة الحكم الصادر بالبطلان ،وعن الأشخاص الذين يحق لهم التمسك به وقد تبين لنا ان البطلان قد يكون اتفاقيا ومع ذلك فان اللجوء الى القضاء كثيرا ما يكون ضروريا ،وفي حالة ما اذا تدخل القضاء فان حكمه يكون منشئا اذا تعلق الأمر ببطلان نسبي ويكون كاشفا في حالة البطلان المطلق لأن حالات البطلان المطلق محددة من طرف المشرع ولا يتمتع القاضي بصددها بأية سلطة تقديرية .

أما فيما يخص الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان فيختلف الأمر بحسب ما اذا كان البطلان مطلقا أو نسبيا ، فان كان مطلقا فان حق التمسك به في نظر المشرع الجزائري يتقرر لكل ذى مصلحة بما في ذلك القضاء والنيابة العامة ، أما اذا كان البطلان نسبيا فانه لا يمكن أن يثار الا من الطرف الذى قرر هذا البطلان لمصلحته .

ثاني عشر: ونظرا لخطورة الآثار التي تترتب على البطلان ،فان التشريعات الوضعية قد آثرت اعتماد وسائل للحيلولة دون ترتيب هذا الجزاء الخطيره فاعتمدت بهذا الصدد وسائل ثلاثة تتمثل في الاجازة ،وتصحيح التصرف المشوب بعيب البطلان ، والتقادم .

ففيما يتعلق بالاجازة ،فباعتبارها نزولا عن حق طلب بطلان التصرف ممن خوله المشرع هذا الحق ، فان المقرر بصددها في ظل القوانين الوضعية ان مجال اعمالها يتحدد بالتصرفات القابلة للابطال وحدها دون التصرفات الباطلة، لأن هذه الأخيرة تأخذ حكم العدم ، وتكون فقط قابلة لاعادة عملها من جديد .

وفي حالة اعمال الاجازة فان الفقهاء يرون أنها تنتج آثارها بأثر رجعي مع مراعاة قيد عدم المساس بحقوق الغير . غير أننا نساند الرأى الحديث الذى ظهر في فقه القانون الوضعي والذى يرى أن الاجازة ما هي الا نزول صاحب الحق عن حقه في الابطال وأنها لا تضيف الى التصرف شيئا جديدا ذلك أن التصرف نشأ صحيحا ، مرتبا لجميع آثاره ، وأن دورها يقتصر فقط على تجنبه القلق الذى كان يهدد استقراره قبل الاعراب عن نزول صاحبها عن طلب الابطال .

واذا كانت الاجازة قد لقيت اهتماما خاصا في اطار فقه القانون الوضعي فان الفقهاء المسلمين قد أولوها عناية خاصة ، فعرفوا الاجازة بأنها تنازل عن حق طلب البطلان ممن منحه الشارع هذا الحق ، وبينوا نطاق اعمالها ، فحصروه في التصرفات الموقوفة ، وفي التصرفات اللازمة التي اقترن بها أحد الخيارات فحولها الى تصرفات غير لازمة ، وأوضحوا آثارها فجعلوا لها - بحسب الأصل - دورا كاشفا .

واذن ، فالفقهاء المسلمون كانوا سباقين الى توضيح احكام الاجازة ، ومن ذلك مثلا انهم قالوا انها لا تشمل التصرفات الباطلة ، كما أنهم أوضحوا طبيعتها القانونية والآثار المترتبة عليها .

وفيما يتعلق بتصحيح التصرف المشوب بعيب البطلان ، فيعتبر وسيلة لازالة العيب الذي شاب التصرف ، وهذه الوسيلة يلجأ اليها عادة بصدد الشركات التجارية نظرا لما لها من دور هام في الاقتصاد الوطني ، فيسعى المشرع من وراء اعتمادها الى تثبيت دعائم الشركة الباطلة المهددة بالزوال عن طريق ازالة العيب الذي كان يهددها بالبطلان ، حتى لو لم يقم الطرف الذي شاب هذا العيب ارادته باجازته .

ونظرا لما للتصحيح من أهمية بالنسبة الى التصرف ، فقد تبين لنا ان المشرع قد يعمد احيانا الى التوسيع من نطاق الاشخاص الذين يحق لهم رفع دعوى التصحيح بحيث يتجاوز هذا النطاق الأشخاص الذين كانوا طرفا في التصرف ، وهو ما يحدث عادة بصدد الشركات التجارية ، كما ان المشرع قد يرتب التصحيح بصفة آلية اذا لم يقم من تحقق سبب البطلان في جانبه برفع دعوى بطلان التصرف خلال فترة زمنية يحددها له المشرع .

وأخيرا فيما يخص تقادم دعوى البطلان ، فاذا كان المتفق عليه في ظل الأنظمة القانونية الوضعية هو أن دعوى البطلان النسبي تخضع للتقادم بحيث أنه اذا لم يتم تحريكها ممن منحه المشرع هذا الحق خلال فترة زمنية يحددها له المشرع صار التصرف الذي كان مهددا بالزوال بمنأى عن كل دعوى بطلان ترفع بشأنه ، فان هذا الاتفاق لم يتقرر بصدد دعوى البطلان المطلق . ذلك ، ان فقه القانون الوضعي قد تباين بهذا الصدد ، فهناك من قال بعدم تقادم

دعوى البطلان لأن التصرف الباطل بطلانا مطلقا بمثابة العدم ، والعدم لا يمكن بعثه الى الوجود . وهناك من قال بعكس هذا الرأى ونادى بتقادم دعوى البطلان لأن القول بخلاف هذا الحل يخل بمبدأ استقرار الأوضاع القانونية .
وأمام هذا التباين الفقهي فان التشريعات الوضعية بما فيها التشريع الجزائرى قد أخذت بوجهة الفريق الثاني في الفقه القائلة بمبدأ تقادم دعوى البطلان ، وان كان اعتماد التشريعات الوضعية لهذا المبدأ قد صاحبه قيد هام مؤداه أن دعوى البطلان اذا كانت تتقادم ، فان الدفع بالبطلان لا يتقادم .

وفي ظل الفقه الاسلامي ، فقد لاحظنا أن الفقهاء المسلمين قد تفرقوا بصدد التقادم الذى يدرسونه عادة تحت عبارة " عدم سماع الدعوى " الى مؤيد للأخذ به تطبيقا لفكرة المصلحة المرسلة ، والى مستبعد اياه بدعوى أن كل حق ذو طبيعة أبدية ، وانه لا مبرر لأن يفقد شخص ما حقه لمجرد عدم المطالبة به خلال فترة زمنية معينة ، وقد أوضحنا ان الغلبة كانت للفريق الأول خاصة في عهد السلطنة العثمانية ، ودليل ذلك أنه على الرغم من أن الأصل في التصرفات غير الصحيحة هو عدم تقادمها لكونها عدما ، وأن العدم لا يمكن أن تقوم له قائمة بمرور الزمن ، فان التشريعات العربية قد خرجت على هذا الأصل العام وأخذت بمبدأ تقادم دعوى البطلان متى تم رفعها بصفة مبتدأة .

<u>ثالث عشر</u>: ان دراستنا لأحكام البطلان في ظل الأنظمة القانونية الوضعية وفي الفقه الاسلامي تكشف لنا عن مدى ثراء آراء فقهاء الشريعة الاسلامية التي كانت سباقة في اقرار الكثير من المبادىء القانونية التي تسيطر حاليا على اتجاه فقه القانون الوضعي ، كما أنها اعتمدت نظريات كثيرة ، نذكر من بينها نظرية العقد الموقوف التي فاقت من حيث صياغتها الفنية ما وصل اليه فقه القانون الوضعي بصدد البطلان النسبي ، وكم نتمنى أن ينتبه مشرعنا الى ذلك [1] ، ويعتمد ما وصل اليه الفقهاء المسلمون بصدد نظرية البطلان مع تكملتها عند الاقتضاء بما أخذ به فقه القانون الوضعي . ويكفيه نموذجا لذلك ما قام به صاحب مرشد الحيران من تقنين الكثير من أحكام المذهب الحنفي ، فصاغها في أسلوب سلس عذب سائغ ، وقدمها في حلة واضحة المعالم ، وبذلك سهل مهمة الباحثين المحدثين الذين تعودوا منهج التقنين الذى درج عليه الغرب في تشريعاته .

---

(1) خاصة وانه أعطى للشريعة الاسلامية الغراء مكانة لم يمنحها اياها كثير من مشرعي الدول العربية ، فقد جعلها في المرتبة الثانية من بين مصادر القانون .

وباشارتنا الى ضرورة العودة الى الأصل ،أي باعتماد أحكام الفقه الاسلامي بصدد نظرية البطلان ، نكون قد انتهينا من هذه الرسالة. وأملنا أن نكون قد حللنا أحكامها ، وأوضحنا اهميتها النظرية والعملية. فان وجد القارئ فيها ما ينشرح صدره فذلك توفيق من الله العلي الحكيم، وان لمس بها زلات أوثغرات تشوبها ، فهذه سمة من سمات البشر اذ أنه مهما سما فكره فان سموه لا يصل الى درجة الكمال ،لأن الكمال لله وحده ، والله ولي التوفيق .

المراجع المعتمد عليها في اعداد هذه الرسالة

****

أولا : مراجع باللغة العربية :

+++++++++++++

أ) تفاسير القرآن الكريم و الأحاديث النبوية :

ابن كثير (الحافظ عماد الدين أبو الفداء اسماعيل بن كثير القرشي المتوفى 774هـ)
1- تفسير القرآن الكريم - طبع بيروت في أربعة أجزاء 1982 .

المراغي (الشيخ أحمد مصطفى ، أستاذ الشريعة واللغة العربية)
2- تفسير المراغي - طبع في ثلاثين جزءا ، الطبعة الثامنة 1953 .

سيد قطب
3- في ظلال القرآن .- الطبعة الخامسة ، بيروت 1967 .

البغوى (أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوى المتوفى 516 هـ)
4- شرح السنة - طبع في ستة عشر جزءا ، الطبعة الثانية ، بيروت 1983 .

السيد سابق
5- فقه السنة .- المجلد الثالث ، الاجزاء : 12و13و14 ، الطبعة الاولى 1971 .

السيوطي (الحافظ جلال الدين السيوطي)
6- سنن النسائي .
طبع في ثمانية أجزاء ، وجمع في أربع مجلدات ، بيروت ، دون ذكر تاريخ الطبع .

ب) مراجع عامة في الفقه الاسلامي :

ابن تيمية (تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ، المتوفى 528 هـ)
7- الفتاوى الكبرى .
طبع في خمسة أجزاء ، دار المعرفة بيروت ، دون ذكر تاريخ الطبع .

ابن جزى (أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي المتوفى 741هـ)
8- كتاب القوانين الفقهية .- طبع دار الفكر بلبنان ، دون ذكر تاريخ الطبع .

ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المتوفى 595 هـ)
9- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - طبعة سادسة - بيروت 1982 .

ابن قدامة (الامام أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفى 630هـ)
10- المغني ويليه الشرح الكبير - الجزآن : الرابع و السابع .
صححه جماعة من العلماء ، طبعة دار الكتاب العربي ، بيروت 1983 .

ابن قيم الجوزية (شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المتوفى 751 هـ)
11- اعلام الموقعين عن رب العالمين .
تعليق الأستاذ طه عبد الرؤوف سعيد ، طبع في أربعة أجزاء 1968 .

ابن نجيم (الشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم المتوفى 970 هـ)
12- الأشباه و النظائر على مذهب ابي حنيفة ، طبع القاهرة 1968 .

أبو الفتح (الشيخ أحمد أبو الفتح)
13- المعاملات في الشريعة الاسلامية
الجزء الاول - طبعة ثانية - دون ذكر تاريخ الطبع .

أبو زهرة (الشيخ المرحوم محمد أبو زهرة)
14- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية - بيروت 1976 .

البرديسي (الشيخ محمد زكرياء البرديسي)
15- كتاب الاحكام الاسلامية في الاحوال الشخصية ، دون ذكر تاريخ الطبع .

الخفيف (الاستاذ علي الخفيف)
16- أحكام المعاملات الشرعية ، مطبوعة على الاستنسيل ، دون ذكر تاريخ الطبع .

الدسوقي (شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي)
17- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،
لابي البركات سيدي أحمد الدردير على مختصر خليل ، دون ذكر تاريخ الطبع .

الزحيلي (دكتور وهبة الزحيلي)
18- الفقه الاسلامي وأدلته -
مجموعة تتكون من ثمانية اجزاء ، الطبعة الثانية ، دمشق 1985 .
اعتمدنا الأجزاء : الرابع والخامس والسابع منها .

الزرقاء (الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء)
19- المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية .
* الجزء الاول - طبعة خامسة ، المطبعة الجامعية السورية 1957 .
* الجزء الثاني - طبعة سابعة ، بيروت ، دون ذكر تاريخ الطبع .
20- المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ، دمشق 1965 .
21- عقد البيع في القانون المدني السوري - دمشق 1965 .

السنهوري (دكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري)
22- مصادر الحق في الفقه الاسلامي .
الاجزاء : الأول ، و الثاني ، والثالث ، و الرابع ، والسادس .
طبع معهد البحوث والدراسات العربية ، الطبعة الثالثة 1967 .

الشاذلي (دكتور حسن علي الشاذلي)
23- النظريات العامة في المعاملات في الفقه الاسلامي .
(محاضرات ألقاها على طلاب الدراسات العليا بجامعة القاهرة)
مطبوعة على الاستنسيل ، دون ذكر تاريخ الطبع .

الشافعي (أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي)
24- كتاب الأم . طبع كتاب الشعب القاهرة ، ديسمبر 1968 .

الشربيني (الشيخ محمد الخطيب الشربيني ، الشافعي)
25- مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج .
(شرح واف لكتاب " منهاج الطالبين " لأبي زكرياء يحيى بن شرف النووي)
طبع في أربعة أجزاء ، بيروت 1374 هـ - 1955 م .

الصابوني (دكتور عبد الرحمان الصابوني)
26- قانون الأحوال الشخصية السوري، في الزواج و الطلاق .
الطبعة الخامسة - دمشق 1978 - 1979.

المحمصاني (دكتور صبحي المحمصاني)
27- الموجبات و العقود في الشريعة الاسلامية ،بيروت 1943 .

المزني (الفقيه اسماعيل بن يحيى المتوفى 244 هـ)
28- حاشية المزني على كتاب الام للشافعي ، الجزء الثاني .

بدران (دكتور بدران أبو العينين بدران)
29- الشريعة الاسلامية ،تاريخها و نظرية الملكية و العقود .
الطبعة الرابعة - دون ذكر تاريخ الطبع .

شعبان (دكتور زكي الدين شعبان)
30- كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،طبعة أولى - قاهرة 1960.

شلبي (الاستاذ محمد مصطفى شلبي)
31- المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي - طبعة أولى - القاهرة 1960.

فراج (دكتور أحمد فراج حسين)
32- الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية ،طبعة أولى ،القاهرة.

مدكور (الاستاذ محمد سلام مدكور)
33- المدخل للفقه الاسلامي ، (تاريخه و مصادره ،و نظرياته العامة) .
الطبعة الرابعة - القاهرة 1969 .

موسى (دكتور محمد يوسف موسى)
34- الفقه الاسلامي (مدخل لدراسته ، نظام المعاملات فيه) .
الطبعة الثالثة - القاهرة 1958.

ج) الرسائل :

سوار (دكتور محمد وحيد الدين رضا سوار أستاذ بجامعة دمشق)
35- التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، من جامعة القاهرة 1959.
طبعة ثانية - الشركة الوطنية للنشر و التوزيع - الجزائر 1979 .

السباعي (دكتور شكري أحمد سباعي ، أستاذ بجامعة الرباط)
36- نظرية بطلان العقود و ابطالها في قانون الالتزامات و العقود .
الطبعة الأولى - الرباط 1971.

الشرقاوي (دكتور جميل الشرقاوي ، أستاذ بجامعة القاهرة)
37- نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري.
مطبعة جامعة القاهرة 1956 .

فرج (دكتور عبد الرازق حسن فرج)
38- نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي .
الطبعة الأولى - القاهرة 1969.

د) مراجع عامة في فقه القانون الوضعي :

أبو ستيت (دكتور أحمد حشمت أبو ستيت).
38- نظرية الالتزام في القانون المدني المصري (الجديد).
الكتاب الأول - مصادر الالتزام - الطبعة الثانية 1954.

الأسيوطي (دكتور ثروت أنيس الأسيوطي)
39- مبادئ القانون - الجزء الثاني (الحق) القاهرة 1974.

الألفي (دكتور محمد الألفي)
40- الفضالة . طبع ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1981 .

الحكيم (دكتور عبد المجيد الحكيم أستاذ بجامعة بغداد)
41- الموجز في شرح القانون المدني العراقي
الجزء الأول في مصادر الالتزام - طبعة ثالثة - بغداد 1969.

الذنون (دكتور حسن علي الذنون)
42- شرح القانون المدني العراقي - أصول الالتزام - بغداد 1970 .

العطافي (دكتور عبد الهادي يونس العطافي)
43- نظرية الالتزامات - العقد - مقارن بالمبادئ العامة في الشريعة الاسلامية ،
طبعة أولى ، القاهرة 1976 .

السنهوري (دكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري)
44- التصرف القانوني و الواقعة القانونية .
محاضرات ألقاها على طلاب الدكتوراه بحقوق القاهرة
سنة 53 / 1954 ، مطبعة البرلمان ، مصر .
45- الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري .
طبع المجمع العلمي العربي الاسلامي - بيروت ، دون ذكر تاريخ الطبع.
46- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، نظرية الالتزام بوجه عام ،
مصادر الالتزام - الجزء الأول - الطبعة الثانية - القاهرة 1964 .
47- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، نظرية الالتزام بوجه عام ،
الجزء الثالث - القاهرة 1958.
48- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، العقود التي تقع على الملكية
"عقد البيع و المقايضة" الجزء الرابع - المجلد الأول - القاهرة 1960.
49- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، العقود التي تقع على الملكية
" في الهبة و الشركة و القرض " الجزء الخامس ، المجلد الثاني 1962.
50- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، العقود التي ترد على العمل
" في المقاولة و الوكالة والوديعة و الحراسة " الجزء السابع - المجلد الاول 1964.
51- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، أسباب كسب الملكية
الجزء التاسع - القاهرة 1968 .
52- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، "التأمينات الشخصية و العينية"
الجزء العاشر - القاهرة 1970.

الشاوي (دكتور خالد الشاوي)
53- الأوراق التجارية في التشريعين الليبي والعراقي ، بنغازي 1970 .

الشرقاوي (دكتور جميل الشرقاوي أستاذ بجامعة القاهرة)
54- مصادر الالتزام - الجزء الأول - القاهرة 1974 .

الصدة (دكتور عبد المنعم فرج الصدة)
55- أصول القانون - بيروت 1978 .
56- مصادر الالتزام في القانون المدني المصري - القاهرة 1960 .
57- نظرية العقد في قوانين الدول العربية- الجزء الثاني -
(محضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا بمعهد الدراسات العليا 1959
58- حق الملكية ، - الطبعة الثالثة - القاهرة 1967 .

الكزبري (دكتور مأمون الكزبري أستاذ بجامعة الرباط)
59- نظرية الالتزامات والعقود في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي الرباط 8

المارتيني (دكتور زهير المارتيني أستاذ بجامعة حلب)
60- الوجيز في نظرية الالتزام - مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية 66 - 967

أنور سلطان (دكتور أنور سلطان أستاذ بجامعة الأسكندرية)
61- المبادىء القانونية العامة - طبعة رابعة- بيروت 1983 .
62- النظرية العامة للالتزام - الجزء الاول- مصادر الالتزام- القاهرة 1966 .

ثروت (دكتور ثروت حبيب أستاذ معار بجامعة بنغازي سابقا)
63- المصادر الارادية للالتزام في القانون المدني الليبي -بنغازي 1972 .

حجازي (دكتور عبد الحي حجازي)
64- النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني- (مصادر الالتزام) القاهرة 1954 .

حسنين (دكتور محمد حسنين أستاذ بجامعة الجزائر)
65- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائري .
طبع ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر 1983 .

رضا فرج (دكتور رضا فرج أستاذ معار بجامعة الجزائر سابقا)
66- تاريخ النظم القانونية (من القانون الروماني حتى مجموعات نابليون)
طبع ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر 1976 .

زكي (دكتور محمود جمال الدين زكي)
67- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري .
الجزء الأول - مصادر الالتزام - القاهرة 1976 .
68- حسن النية في مجال اكتساب الحقوق الخاصة - القاهرة 1952 .

زهدي يكن (رئيس محكمة التمييز المدنية بلبنان)
69- تاريخ القانون - طبعة ثانية - بيروت 1969 .
70- شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الاسلا
الجزء الرابع - الطبعة الأولى - بيروت 1962 .

سلامة (دكتور أحمد سلامة أستاذ بجامعة عين شمس)
- مذكرات في نظرية الالتزام - الكتاب الأول ، - مصادر الالتزام ، القاهرة 1975 ،

يمان (دكتور سليمان عبد المجيد أستاذ بجامعة وهران سابقا)
72- موجز الشهر العقاري والتأمينات في القانون الجزائري .
مطبوعة على الاستنسيل ، جامعة وهران ، عام 75 - 1976 .

سليمان (دكتور علي علي سليمان ، أستاذ بجامعة الجزائر)
73- شرح القانون المدني الليبي (الحقوق العينية الأصلية والتبعية) .
منشورات جامعة بنغازي - الطبعة الأولى 1976 .

سوار (دكتور محمد وحيد الدين رضا سوار)
74- القانون المدني الجزائري (القديم) ويليه شرح قانون الأهلية والوصاية والغيبة
(محاضرات ألقيت على طلاب الدراسات العليا بمعهد البحوث والدراسات الاسلامية
القاهرة 1975 .
75- شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)
الطبعة الثالثة - مطبعة الداودي - دمشق 79- 1980 .

سيوفي (دكتور جورج سيوفي)
76- النظرية العامة للموجبات والعقود - الجزء الأول - مصادر الموجبات ، بيروت 1960

صوفي (دكتور صوفي حسن أبو طالب)
77- الوجيز في القانون الروماني - القاهرة 1965 .
78- أبحاث في مبدأ سلطان الارادة في القانون الروماني ، 1964 .

عباس (دكتور محمد حسني عباس)
79- نظرية العقد والارادة المنفردة - القاهرة 1954 .

عبد الفتاح (دكتور عبد الفتاح عبد الباقي أستاذ بجامعة الكويت)
80- الزواج في القانون الفرنسي (قيامه - آثاره - انقضاؤه) - القاهرة 1965 .
81- دروس في مصادر الالتزام (نظرية العقد) - القاهرة ، دون ذكر تاريخ الطبع .

عبد الله (الأستاذ عبد الله علي حسن)
82- المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الاسلامي .
(مقارنة بين القانون الفرنسي ومذهب الامام مالك بن أنس رضي الله عنه)
الجزء الثالث - الطبعة الأولى - القاهرة 1947 .

فتحي والي (دكتور فتحي والي ، أستاذ بجامعة القاهرة)
83- نظرية البطلان في قانون المرافعات - طبعة أولى - الأسكندرية 1960 .

فرج (دكتور توفيق حسن فرج ، أستاذ بجامعة الأسكندرية)
84- النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني في أحكام الالتزام - الأسكندرية 1977 .

محرز (دكتور أحمد محرز أستاذ بجامعة قسنطينة سابقا)
85- القانون التجاري الجزائري - الجزء الثاني - الشركات التجارية ، القاهرة 1979
86- القانون التجاري الجزائري - الجزء الثالث - السندات التجارية ، بيروت 1980

مرسـي (دكتور محمد كامـل مرسـي)
87– شرح القانون المدني المصرى (الجديد) – الجزء الأول – (في مصادر الالتزام) القـاهـــرة 1954 .
88– شـرح القانون المدني المصرى (الجديد) – الجزء الثاني – القاهرة 1955.
89– شهر التصرفات العقارية (التسجيـل و القيد) ، الطبعة الثالثة ، بيروت 1939.

ممـدوح (دكتور عمر ممدوح مصطفى استاذ تاريخ القانون بجامعة الاسكندرية)
90– الموجز في القانون الروماني – الجزء الأول – الاسكندريـة 1953.

ه) **بحـوث ومقـالات :**

ابراهيـم (الشيخ أحمد ابـراهيم أستاذ الشريعة الاسلامية)
91– العقود و الشروط و الخيارات .
بحث منشور بمجلة القانون و الاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة – السنة الـرابـعة – العـدد السادس – نوفمبر 1934 .

البرديسـي (الشيـخ محمد زكريـاء البرديسـي)
92– التصرف الاسقاطي
بحث منشور بمجلة ادارة قضايا الحكومة – السنة 12 – العدد الثاني .

الحسينـي (دكتور محمد الحسينـي حنفـي أستاذ بجامعة وهران سابقا)
93– تقنينات الأحوال الشخصية في الجزائر .
بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة عين شمس – العدد الثانـي – 1974.

الخفيـف (الأستـاذ علـي الخفيـف)
94– أحكام المعاملات الشرعية .

الطنطاوى (دكتور محمود محمد الطنطاوى)
95– حقيقة التصـرف و أقسامـه
بحث منشور بمجلة العلوم القانونية و الاقتصادية بجامعة عين شمـس ، العـدد الأول – ينـايـر 1973 .

بـدوى (دكتور حلمـي بهجـت بـدوى أستاذ بجامعة القاهـرة)
96 – آثار التصرفات الباطلة – القسم الأول و الثاني .
بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد – جامعة القاهرة ، السنة الرابعة 1934.

حجـازى (دكتور عبد الحـي حجازى)
97– ضمان الهلاك في القانون المدني المصرى .
بحث منشور بمجلة القانون و الاقتصاد ، كلية حقـوق جامعة القاهرة 1945.

سليمـــان (دكتور علـي علـي سليمـان أستـاذ بجـامعة الجـزائر)
98ـ نظرة عامة حول القانو ن المدني الجزائرى .
محاضرة ألقيت بجامعة وهران في ماي 1976 ، مطبوعة على الاستنسيـل 1976.
99ـ تعـليـق علـــى قـــانــو ن الأســـــرة
بحث منشو ر بمجلة الشرطة ـ العـدد 25.
100ـ ضرو رة اعـادة النظـر في القانو ن المدنـي الجـزائرى .
بحث منشـور بمجلة الشرطة ـ العـدد 30ـ ماى 1986 .

عـبـد البـر (دكتور محمــد زكـي عبد البـر)
101ـ العقود المسماة في الفقـه الاسلا مـي .
مقـال منشـو ر بمجلة قضايا الحكو مة ، السـنة التاسعة ، العدد الأول القاهرة 1965
102ـ التصرف الموقو ف .
بحث منشور بمجلة القانو ن والاقتصـاد ـ جامعة القاهرة ، السنة 25 ، عام 1956.

و) الموسـوعـات في مجموعـة الأعمـال التحضيريـة :

1) المو سو عـة العربية الميســرة
تأليـف لجنة من أساتذة متخصصيــن ـ القاهرة 1965 .

2) مو سوعـة جمـال عبد الناصر في الفقه الاسـلامـي
اعتمد نا منهـا الجـزء الثانـي ، و الرابع و الثانـي عشرمن 16جزءافي حيازتنـا .

3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانو ن المدني المصرى .
قامت بطبعها و زارة العدل بالحكو مة المصرية بمطبعة دار الكتاب العربي بمصر.
4) نشرة القضاة ـ أعداد كثيرة لمدة سنوات ، تصدرهاوزارة العدل بالجزائر.

ز) النصـوص القانو نيــة المعتمـدة :

1) قانون تحديد السن الأدنى للزواج ، رقم 63ـ 224 صادر بتاريخ 29/06/1963.
منشور بالجريدة الرسمية باللغة الفرنسية ـ العدد 44 صادر بتاريخ 02/07/1963.
ترجمه الى اللغة العربية الدكتور محمد الحسينـي حنفـي عـام 1975.

2) قانون تأميم الأملاك الشـاغـرة ، الصادر بأمر رقم : 66 ـ 102 بتاريخ 06/05/66
منشور بالجريدة الرسمية ـ السنة الثالثة ـ العدد 36 صادر بتاريخ 06/05/1966.

3) قانون التو ثيق ، الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1970 .
منشور بالجريدة الرسميةـ السنة السابعةـ العدد 107، صادر بتاريخ 25/12/70.

4) القانو ن المدني الجزائرى الصادر بأمر رقم : 75ـ58 في 26 سبتمبر 1975 .
منشو ر بالجريدة الرسمية ـ السنة 12 ـ العدد 78 صادر بتاريخ 30/09/1975.

5) قانو ن اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقارى صادر في 12/11/75.
منشـور بالجريدة الرسميةـ السنة 12ـ العدد 92 صادر بتاريخ 18/11/1975.

6) القانو ن التجارى الجزائرى ـ الصادر بأمر رقم 75ـ 59 مؤرخ في 26/09/1975.
منشور بالجريدة الرسميةـ السنة 12ـ العدد 101 صادر بتاريخ 19/12/1975.

7) القانو ن الأساسي العام للعامل ، الصادر بقانون رقم 78-12 بتاريخ 1978/08/05.
منشور بالجريدة الرسمية - العدد 32 صادر بتاريخ 1978/08/08.

8) قانون التنازل عن أملاك الدولة، الصادر بقانون رقم 81-01 بتاريخ 1981/02/07.
منشور بالجريدة الرسمية - العدد السادس - صادر بتاريخ 1981/02/10.

9) قانون الأسرة الصادر بقانون رقم 84-11 صادر بتاريخ 09 جوان 1984.
منشور بالجريدة الرسمية - السنة الواحدة والعشرون ، العدد 24 ، صادر بتاريخ 12 جوان 1984.

= _ = _ = _ = _ = _ = _ = _ = _ = _ = _ =

10) قانون الالتزامات والعقود المغربي ، الصادر بظهير 9 رمضان 1331 هـ ، الموافق 12 أوت 1913 م - منشور بمجلة القضاء والقانون الصادرة عن وزارة العدل المغربية.
السنة الثامنة - فبراير - ابريل 1965 - العدد 76 - 77 - 78 .

11) مجموعة القانون المدني المصري الصادر عام 1948 ، تعليق الأستاذ المحامي عبد البديع أحمد سعيد شلبي مع المذكرة التفسيرية له .

12) مجلة الأحوال الشخصية التونسية (نصوص قانونية صادرة بأمر رقم 66-56 في 1956/08/13 ، والنصوص التعديلية اللاحقة الى غاية 1966/07/01.
تعليق الأستاذ محمد الطاهر السنوسي - طبعة سادسة - 1970.

13) مجلة الأحكام العدلية ، الصادرة في أول محرم سنة 1286 هـ ، طبعة خامسة 1968.

14) كتاب مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان في المعاملات الشرعية.
تأليف المرحوم محمد قدري باشا - الطبعة الرابعة - القاهرة 1931.

———— ٥ 0 ٥ ————

ثانيا : مراجع باللغة الفرنسية :
+++++++++++++++++++++

أ) الرسائل وبحوث الدبلوم و الماجستير :

1) رسائل الدكتوراه :

AUBY (J-M): أوبي (ج ،م):

1- La théorie de l'inexistence des actes administratifs, thèse Paris 1947 , Ed. A. Pedone.

BASTIAN : باستيان :

2- Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, thèse, Paris 1929.

BERTRAND (Ch): برتراند (ك):

3- Les nullités contraires à l'ordre public, thèse, Paris 1938.

B ERTRAND (F): برتراند (ف):

4- L'opposabilité du contrat aux tiers, thèse , Paris II, 1979.

CANCINO (Franscisco Cuevas): كانسينو (فرانسيسكو كويفاس) :

5- La nullité des actes juridiques, Montréal 1950.

CHABAS (J): شاباس (ج):

6- De la déclaration de volonté , thèse, Paris 1931.

COUTURIER (G): كوتيرييه (ج):

7- De la confirmation des actes nuls, thèse, Paris 1969, bibliothèque de droit privé, tome CXXI, 1972.

DAOUDI (B): داودي (ابراهيم):

8- Le transfert de propriété en droit français et algérien comparés, thèse de Doctorat 3° cycle, Paris II, 1983.

DEPREZ (J): دوبريز (ج):

9- La rétroactivité dans les actes juridiques, thèse, Rennes 1953.

DUPEYRON (Ch): دبييرون (ك) :

10- La régularisation des actes nuls, thèse, Toulouse 1972, LGDJ 1973.

DROGOUL : دروجول :

11- Essai d'une théorie générale des nullités, thèse, Aix 1902.

GHESTIN (J): غيستان (ج):
12- La notion d'erreur en droit positif actuel, thèse, Paris 1963.

FARJAT (G): فارجات (ج):
13- l'ordre public économique, thèse, Dijon 1961, LGDJ, Paris 1963.

GUERRIERO (M-A) : قيرييرو (م - أ):
14- l'acte juridique solennel, thèse Toulouse, bibliothèque de droit privé, tome CXXXVII (1975).

GUGGENHEIM (D): جوجنهايم (د):
15- l'invalidité des actes juridiques en droit suisse comparé, thèse Genève, LGDJ, Paris 1970.

HARTEMAN : هارتمان :
16- Etude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables, thèse, Nancy 1887.

JAPIOT (R): جابيو (ر) :
17- De la nullité en matière des actes juridiques, thèse, Lyon 1909.

LE TOURNEAU (Ph): لوتورنو (ف):
18- La règle " Nem auditur..." thèse, Paris 1969, LGDJ , Paris 1970.

LUTZESCO : ليتزسكو :
19- Essai sur la nullité des actes à caractère patrimonial, thèse, Paris 1938.

MAHMOUD GAMAL EDDINE ZAKY: محمود جمال الدين زكي :
20- La bonne foi dans l'acquisition des droits en droit privé, Le Caire 1952.

MALAURIE (Ph): مالوري (ف) :
21- les contrats contraires à l'ordre public, thèse, Paris 1951.

MARTIN DE LA MOUTTE: مارتان د و لاموت :
22- l'acte juridique unilatéral, thèse, Toulouse 1951.

PIEDELIEVRE (J) : بييد ليفر (ج):
23- Des effets produits par les actes nuls, thèse , Paris 1911.

PIZE (J): بيز (ج) :
24- Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité, thèse, Lyon 1897.

ROUBIER (P): روبييه (ب) :
24 Bis- Essai sur la responsabilité précontractuelle, thèse, Lyon 1911.

SALEILLES (R): سـالى (ر) :

25- De la déclaration de volonté, Paris 1929.

SAVEZ - CASARD : سافييز - كازار :

26- Le refus d'action pour cause d'indignité, thèse, Lyon 1930.

SIMLER (Ph): سيمليه (ف) :

27- La nullité partielle des actes juridiques, thèse, Strasbourg 1969; LGDJ, Paris 1969.

TRIFONESCU : تريفونسكـو :

28- De la confirmation des actes nuls, thèse, Paris 1911.

VALDELIEVRE (F): فالدوليـيفر (ف):

29- La confirmation des actes nuls, thèse, Paris 1964.

VOUIN (J-F): فـوان (ج ـ ف):

30- La prohibition des pactes sur succession future en droit français, thèse, Paris 1967.

WORMS : ورمــــز :

31- De la volonté unilatérale considérée comme une source d'obligation en droit romain et en droit français, thèse, Paris 1891.

2) البحوث ورسائل الماجستير :

ALAM-EDDINE Abdallah: علم الدين عبد الله :

32- La théorie de la cause finale en droit musulman et ses rapports avec la théorie de la cause en droit français, Mémoire, Institut de droit comparé, Paris 1958.

AZZEMOU (M): عــزمو (م) :

33- Le formalisme contractuel en droit civil algérien, Mémoire, Magister Droit privé, Université d'Oran, 1983.

MOSTEFA- KARA (F): مصطفى - قارة (ف):

34- La preuve écrite en droit civil algérien, Mémoire, Magister Droit privé, Université d'Alger, 1982.

ZERROUK (K): زروق (ق) :

35- La fonction notariale (ad probationem) dans l'ordonnance N° 70-91 du 15 Décembre 1970, Mémoire, Magister droit privé, Université d'Alger, 1977.

ثانياً المؤلفات العامة :

AUBRY et RAU : أوبري ورو :

36- Cours de droit civil français, 4° édition, tomes 1 et 6.

BAUDRY- LACANTINERIE : بودري ـ لاكنتنري :

37- Précis de droit civil, tome 2 ; 7° édition.

CARBONNIER (J): كاربونييه (ج):

38- théorie des obligations, Paris 1963.

COLIN (A) et CAPITANT (H): كولان (أ) وكابيتان (هـ):

39- Traité de droit civil,
tome 2: les obligations et droits réels principaux,
refondu par Julliot de la Morandière, Paris 1959.

DEMOLOMBE : ديمولـــومب :

40- Cours de Code Napoléon , tome 24.

FLOUR (J) et AUBERT (J-L): فــلور (ج) وأوبير (ج ـل):

41- les obligations,
Volume 1: l'acte juridique, Paris 1975.

GAUDEMET (E): جوديميه (و):

42- théorie générale des obligations ; Paris 1937.

LAURENT : لـــوران :

43- principes de droit civil français , tomes 1, 15 et 18.

LINANT DE BELLEFONDS (Y): لينان د و بيلفون (ى):

44- traité de droit musulman comparé,
tome 1: théorie générale de l'acte juridique,
Ed. MOUTON et Co, Paris 1965.

MARTY (G) et RAYNAUD (P): مارتي (ج) وريلو (ب) :

45- Droit civil- les personnes ; 3° édition, Sirey ; Paris 1976.

46- Droit civil- Tome 2, Volume 1, les obligations, Sirey, Paris 1962.

MAZEAUD (H,L et J): مازو (هـ ،ل ،ج):

47- Leçons de droit civil, tome 2, volume 1, les obligations, 4° édition, Paris 1969.

MAZEAUD (H,L,et J) et DE JUGLART (M) : مازو ودو جيجلار (م):

48- leçons de droit civil, tome 2, volume 1, les obligations, 5° édition, Paris 1972.

PLANIOL (M) et RIPERT (G) : بلانيول (م) وريبير (ج):

49- traité élémentaire de droit civil français, tome 2, Paris 1937.

PLANIOL (M), RIPERT (Georges) et ESMEIN (Paul): بلانيول وريبير واسمان (ب):

50- traité pratique de droit civil français,
tome VI ; Paris 1952.

PLANIOL (M), RIPERT (G) et HAMEL (J): بلانيول وريبير وهامل (ج) :

51- Traité pratique de droit civil français,
tome X ; Paris 1956.

RIPERT (G) et BOULANGER (J): ريبير (ج) وبولانجيه (ج):

52- traité élémentaire de droit civil, tome 2 : obligations et droits réels, Paris 1957.

STARCK (B): ستارك (ب):

53- droit civil, les obligations, Paris 1972.

TARDE (G) : تارد (ج):

54- les transformations du droit, étude sociologique, 2° éd., 1894.

TOULLIER : توليه :

55- Le droit civil français suivant l'ordre du code , 4° éd., tome VII.

WEILL (A) et TERRE (Fr) : فيل (أ) وتيري (ف):

56- Les obligations , 2° édition, Dalloz, Paris 1975.

ج) المقالات :

AHMED SALAMA MOHAMED : أحمد سلامة محمد :

57- La conception de l'engagement unilatéral en droit civil comparé, Revue al- ulum al qanuniya wal - iqtisadia , université de AIN CHAMS, 6° année, N° 1, Janvier 1964.

ALAM EDDINE ABDALLAH : علم الدين عبد الله :

58- la cause en droit français et en droit musulman, Revue algérienne des sciences juridiques, politiques et économiques, Alger , N° 1, 1965.

BENDEDDOUCHE (Ja): بن ددوش (ج):

59- Déclaration de volonté et formation du contrat en Algérie, Revue algérienne des sciences juridiques, politiques et économiques, Alger, N° 1, Mars 1981.

BERRAUD (R): بيرود (ر):

60- l'exception d'indignité dans la jurisprudence récente, JCP 1952.I.1029.

CHEHATA (C): شحاتة (ش):

61- Le système des nullités en droit musulman hanafite et en droit comparé, Revue al- ulum al qanuniya wal- iqtisadia, université de AIN CHAMS, 5° année, N° 1, Janvier 1963.

BOUREL (P): بـوريل (ب) :

62- l'erreur dans la renonciation à une succession,
Revue trimestrielle de droit civil, 1961. 233.

COHENDY : كـوهندى :

63- Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public ;

Revue trimestrielle de droit civil, 1914. 33.

COUTURIER (J-P): كوتـيريـيـه (ج ـب) :

64- Contrats et conventions,
Notarial Répertoire de droit français, 1977
(FASCICULES 120- 130)

DECOTTIGNIES : ديكـوتيـنيس :

65- l'erreur de droit ,
Revue trimestrielle de droit civil 1951. 309.

DE JUGLART (M): دوجيجـلار (م) :

66- l'obligation de renseignements dans les contrats,
Revue trimestrielle de droit civil, 1945.1.

DURRY (G): ديـيـرى (ج) :

67- Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français,
Travaux de l'Association Henri Capitant , 1961-1962, Dalloz, Paris, 1951.

GHESTIN (J): غيستان (ج) :

68- Encyclopédie DALLOZ , Répertoire Civil, V°. ERREUR.

JAMBU- MERLIN (R): جامبي ـ ميرلان (ر) :

69- Essai sur la rétroactivité des actes juridiques,
Revue trimestrielle de droit civil 1948. 271.

KAYSER (P): كايسـير (ب):

70- les nullités d'ordre public,
Revue trimestrielle de droit civil, 1933.1115.

LEYMARIE (Fr) : لايمـارى (ف):

71- contrats et conventions,
Notarial Répertoire de droit français ,
(FASCICULES 125- 127).

LINANT DE BELLEFONDS (Y): لينان دوبيلفون (ى):

72- les actes juridiques valables et les actes nuls en droit musulman,
Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence, N° 1, Alger 1959.

MAZEAUD (H): مـازو (هـ) :

73- la maxime " Error Communis Facit Jus ",
Revue trimestrielle de droit civil, 1924.270.

PONSARD (A) et BLONDEL (B): بونسار (أ) وبلونديل (ب) :

75- Encyclopédie DALLOZ, Répertoire de droit civil, V° NULLITE.

RAYNAUD (P): رينـــو (ب) :

76- la renonciation à un droit ; sa nature et son domaine en droit civil.
Revue trimestrielle de droit civil, 1936.795.

RENARD (Cl) et VIEUJEAN (M.E): رونار (ك) وفيوجان (م.و) :

77- Rapport sur la nullité absolue, l'inexistence et l'annulabilité en droit civil belge,
Travaux Association Henri Capitant, 1961-1962, Dalloz, Paris 1965.

RIPERT (G): ريـبير (ج) :

78- L'ordre économique et la liberté contractuelle,
Etudes GENY, 1934, tome 2 ; P. 352.

ROUSSIER (J.): روســـي (ج) :

79- l'annulation du mariage vicié en droit musulman, hanéfite et le sort de la dot,
Revue algérienne, N° 1, Janvier- Février, 1956.

SALEILLES (R): ســالي (ر) :

80- De la responsabilité précontractuelle,
Revue trimestrielle de droit civil, 1907.617.

CODES :

1 - code civil Algerien - Ordonnance N° 75 - 58 du 26 Septembre 1975 - journal officiel - 14 ème année - N° 78 daté le:30 Septembre 1975 .

2 - code de la famille, - loi N° 84- 11 du 9 juin 1984 - journal officiel N° 24 du 12 juin 1984 .

3 - code civil français - Dalloz - Paris 1964 .

——— o 0 o ———

الفهـــــــرس

o 0 0 0 o

o 0 0 o

• 0 o

0